Die

Lehre von den Schuldverhältnissen

nach gemeinem Deutschen Recht.

Mit Rücksicht auf particulare und fremdländische Gesetzgebung,
sowie den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich

systematisch dargestellt

von

Dr. RICHARD RYCK,
Landgerichtsrath in Berlin.

Berlin 1889.

R. v. Decker's Verlag
G. Schenck,
Königlicher Hofbuchhändler.

Druck von H. S. Hermann in Berlin.

Inhaltsverzeichniß.

1. Kapitel: Wesen und Arten der Schuldverhältnisse.

5. Abschnitt: Die alternativen Schuldverhältnisse.

6. Abschnitt: Die gegenseitigen Schuldverhältnisse.

2. Kapitel: Inhalt der Schuldverhältnisse.

1. Abschnitt: Leistungspflicht.

2. Abschnitt: Präſtationspflicht (Einstandspflicht).

3. Kapitel: Wirkung der Schuldverhältnisse.

1. Abschnitt: Interesseleistung wegen Nichterfüllung.

2. Abschnitt: Verzug des Schuldners.

3. Abschnitt: Verzug des Gläubigers.

4. Abschnitt: Realisirung.

4. Kapitel: Entstehung der Schuldverhältnisse.

5. Kapitel: Aufhebung der Schuldverhältnisse.

6. Kapitel: Succession in Schuldverhältnisse.

7. Kapitel: Accession und Intercession (Bürgschaft).

Einleitung.

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich bildet eine so hervorragende Erscheinung auf dem Gebiete der neueren Gesetzgebung, daß von einer Berücksichtigung desselben bei der Darstellung civilrechtlicher Materien nicht mehr abgesehen werden kann. Was man gegen den Entwurf bisher vorgebracht hat, ist in keiner Weise geeignet, seinen legislatorischen Werth und seine Bedeutung für die heutige Rechtstheorie irgendwie in Frage zu stellen. Wenn man finden will, daß derselbe zu romanistisch oder nicht volksthümlich genug, so läßt sich hierbei zunächst kaum etwas Greifbares denken. Soll damit gesagt sein, daß der Entwurf die einheimische Rechtsbildung nicht gebührend zur Geltung bringt, so widerlegt sich dies von selbst durch die vorsichtige Behandlung, welche das heimische Rechtselement in den in Betracht kommenden Materien erfahren hat. Wenn die Verfasser des Entwurfs es unternommen haben, zwischen den vielgestaltigen, trotz einzelner äußerer Berührungspunkte doch im Grunde verschiedenen, die schroffsten Gegensätze unter sich darbietenden einheimischen Rechtsbildungen zu vermitteln, anstatt sie durchgreifenden, ausschließlich durch die Natur der Sache und die Postulate eines geläuterten Rechtsbewußtseins bestimmten Principien zu unterwerfen, so ist damit meines Bedünkens in der Berücksichtigung nationaler Rechtselemente eher zu viel als zu wenig geleistet.

Die lieben einheimischen Rechtsverschiedenheiten als solche verdienen keineswegs die zarte Rücksichtnahme, welche sentimentale Germanisten ihnen so gerne angedeihen lassen möchten; sie sind meist das Product willkürlicher Einflüsse und historischer Zufälligkeiten: die getreuen Abbilder der ehemaligen politischen Zersplitterung und Zerrissenheit. Sehr beherzigenswerth sind noch heute die Worte des patriotischen Thibaut: „Wie man den Schritt in Deutschland etwas zu weit macht, so steht man auf anderem Rechtsboden. Allein wo liegt der Grund? Doch wohl nicht darin, daß auf dieser Seite eines Bachs die Sonne ganz anders scheint, als auf der anderen, sondern darin, daß kein Gesetzverfasser mit dem Nachbar zu Rath gesessen und Jeder seine eigene Wirthschaft im Stillen für sich getrieben hat. Damit haben wir denn ein endloses Rechtsgewirr bekommen, wie uns auch eben daher der Segen hundert verschiedener Ellen und Wagengeleise zu Theil geworden ist. So ist z. B. die Lehre vom Intestat-Erbrecht die einfachste von der Welt . . . und

dennoch haben wir darüber in unserem Vaterlande wenigstens tausend verschiedene Localrechte."

Soweit die heimische Rechtsbildung nicht in einer wirklich einheitlichen nationalen Anschauung wurzelt oder ihr sonst innere natürliche Berechtigung innewohnt, ist es wahrlich an der Zeit, von diesem chaotischen Rechtszustande sich endlich loszusagen.

Ueberhaupt sucht das moderne Rechtsbewußsein die Schranken, welche historische Zufälligkeit und individuelle Willkür gezogen haben, zu durchbrechen und ist, durch die letzten Resultate von Philosophie und Glauben getragen, einem die Entfaltung wahren Rechts, die absolute Verwirklichung von Humanität, Gerechtigkeit, Billigkeit, Treue und Redlichkeit erstrebenden Weltrecht zugewandt. Von diesem Ziel ist aller Orts das heutige Volks- und Rechtsbewußtsein erfüllt. Oder soll die von den Gegnern des Entwurfs geforderte Volksthümlichkeit etwa bedeuten, daß der Gesetzgeber auf den Beifall der großen Menge bedacht sein oder sich angelegen sein lassen müsse, in der Volksseele schlummernde Rechtsideen zu entfachen und eine neue, eigenartige Rechtsentwickelung anzubahnen. Damit würde die Aufgabe der modernen Gesetzgebung völlig verkannt werden. Wo der Gesetzgeber, wie in Deutschland und anderen Culturländern, sich einem durch Jahrhunderte lange Uebung gefestigten Rechtszustande gegenüber befindet, kann seine Aufgabe nur sein: zu sichten, läutern und festzustellen, zu codificiren. Mit dem Erforderniß der Volksthümlichkeit in jenem Sinne würde die Gesetzgebung sich auf die schiefe Ebene gesetzt sehen und Gefahr laufen, sich in nutzlosen Experimenten zu verlieren.

Wenn man[1]) neuerdings gar noch herausgefunden hat, daß dem Entwurf nicht bloß Volksthümlichkeit, sondern auch der „gesunde praktische Sinn" fehle, so wird wohl Derjenige, der einen so starken Vorwurf erhebt, wenn er damit Effekt machen will, zunächst den Nachweis der Berechtigung desselben in zweifelloser Weise zu erbringen haben. Bis dies geschehen, wird man in Fragen des gesunden praktischen Sinnes sich getrost auf die Seite des Entwurfes stellen dürfen. Es soll daher im Folgenden, unbekümmert um die gegen den Entwurf erhobenen Einwendungen, mit specieller Beziehung auf das Obligationenrecht das Verhältniß desselben zum bisherigen Recht und zur bisherigen Theorie in einigen Hauptzügen dargelegt werden.

Das System des Entwurfs zeichnet sich durch Einfachheit aus. Der allgemeine Theil bedarf jedoch mehrfacher Ergänzung. Richtiger Auffassung nach hat derselbe nicht sowohl das zu umfassen, was für alle Arten von Schuldverhältnissen gemeinsam gilt, als vielmehr was sich von den „Schuldverhältnissen im Allgemeinen", wie auch die Ueberschrift des ersten Abschnitts lautet, aussagen läßt. Es hätte deshalb wie das Erlöschen, so auch die Entstehung der Schuldverhältnisse und bei Gegenstand und Inhalt der Schuldverhältnisse auch Gegenstand und Inhalt der Schuldverhältnisse aus

[1]) Dernburg, Pandektenvorrede (2. A.).

Verträgen, zumal beides vielfach zusammenfällt, im allgemeinen Theil behandelt werden müssen, während durch die Verweisung dieser Materie in den speciellen Theil die Uebersichtlichkeit beeinträchtigt, Zusammengehöriges getrennt und, wie bei der gesonderten Behandlung der Entstehungsgründe, über den Verschiedenheiten das Gemeinsame verloren geht, insbesondere auch was vom Inhalt der Vertragsobligationen gilt, nicht weniger bei den im 4. Abschnitt behandelten „Obligationen aus anderen Gründen" Platz greift, wie z. B. die wichtige Regel des § 359, so daß diese Fehlgriffe in der Anordnung möglicherweise zu Controversen führen können. Die Bürgschaft als Form der Intercession ist dem allgemeinen Theil einzuverleiben, da sie kein besonderes, für sich bestehendes Schuldverhältniß bildet. — In den Titel vom Inhalt der Schuldverhältnisse sind Zurückbehaltungsrecht, Unmöglichkeit der Leistung, Folgen der Nichtleistung und der Verzug des Schuldners und Gläubigers aufgenommen, obwohl dies alles zu den Wirkungen der Obligation gehört. Fehlerhaft ist die Behandlung der alternativen Obligation unter dem Gegenstand der Schuldverhältnisse, da es sich bei jener nicht sowohl um bloße Gegenstände der Obligation, sondern um eine besondere Art und Weise der Verpflichtung handelt. Der Entwurf ist in diesem Punkt, sowie in der Characterisirung der Solidarobligationen als „Schuldverhältnisse mit einer Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern" (5. Titel) über den alten Standpunkt nicht hinaus gekommen. Es wäre richtiger gewesen: Solidar- und Alternative Obligationen sowie gegenseitige Schuldverhältnisse, die der Entwurf unter den Inhalt der Schuldverhältnisse aus Verträgen, § 362 flg., subsumirt, als Arten der Schuldverhältnisse herauszuheben und in einem gemeinsamen Abschnitt zusammenzufassen.

Im Einzelnen ist Folgendes zu bemerken:

Der Entwurf hat die Naturalobligation gestrichen. Mit Recht, da sie ein rein factisches Verhältniß, die Normirung factischer Verhältnisse aber nicht Sache der Gesetzgebung ist. Die bis in die neueste Zeit hinein in Betreff der Naturalobligation herrschende Unklarheit der Ansichten wäre verewigt worden, wenn der Gesetzgeber sich für eine Naturalobligation Brinz-Schwanert bezw. Scheurlscher Conception entschieden hätte. Nur wenige Fälle von Naturalobligationen begegnen im Entwurf: so in der Ausschließung der condictio bezüglich des auf Grund des Spiels oder der Wette (§§ 664, 665), oder des zum Zweck einer nicht civilrechtlich geschuldeten Ausstattung (§ 1500) oder des zur Befriedigung eines verjährten Anspruches (§ 182, Abs. 2) Geleisteten, sowie in der Begünstigung von Schenkungen, welche durch eine sittliche Pflicht oder Anstandsrücksicht gerechtfertigt werden (§§ 1353 Abs. 3, 1661, 1503, 1839, 1952 Abs. 3 § 2018). Zur Ausschließung der condictio indebiti genügt nach dem Entwurf das Vorhandensein einer Naturalobligation der Regel nach nicht (§ 737 vgl. Motive II S. 833). Immerhin wird die gemeinrechtliche Theorie der Naturalobligation den im Entwurfe übrig gebliebenen Fällen der letzteren zur Grundlage dienen müssen. Nicht so glücklich wie bei der Naturalobligation hat der Entwurf bei der alternativen Obligation die Klippen der modernen Theorie vermieden. Alternative Pendenz

und alternative Obligation ruhen in den §§ 207—209 friedlich beieinander. Auch der ebenso unrichtige als überflüssige Satz[1]): „Das Schuldverhältniß ist nach Vollziehung der Wahl (d. i. nach erfolgter Concentration, Motive II S. 7) so zu beurtheilen, wie wenn es von Anfang an nur auf die gewählte Leistung gerichtet gewesen wäre" ist unversehrt aus Windscheids Lehrbuch § 255 1) in den § 209 übergegangen.

Sehr praktisch ist dagegen in § 210 der Fall des Verzuges wie des Schuldners so auch des Gläubigers dahin geregelt: daß, wenn der Gläubiger innerhalb der ihm vom Schuldner zu bestimmenden angemessenen Frist die Wahl nicht vornimmt, das Wahlrecht auf den Schuldner übergeht, indem die Motive (II S. 8) richtig bemerken, daß nach der heutzutage herrschenden, auch in die Gesetzgebung übergegangenen Ansicht das Wahlrecht des Gläubigers oder Schuldners durch Verzug nicht verloren geht.[2])

Nach § 209 ist die Wahl, auch wo sie durch bloße Erklärung des Wahlberechtigten an den anderen Theil vollzogen wird, unwiderruflich. Dies geht über die Theorie des römischen Rechts hinaus, welches nicht bloß bei wirklichen alternativen Obligationen, sondern gerade auch bei den von mir sog. alternativen Pendenzverhältnissen ein jus variandi[3]) gestattet.

Die Gesammtschuldverhältnisse anlangend hat der Entwurf in Uebereinstimmung mit der neueren Gesetzgebung die Unterscheidung zwischen Correalität und bloßer Solidarität fallen lassen. Das als Gesammtschuldverhältniß bezeichnete Verhältniß (§ 321) trägt alle Merkmale der Correalität an sich, ist aber in seinen Consequenzen möglichst der bloßen Solidarität angenähert worden, insbesondere schließen Prävention und Constitutum die übrigen Gläubiger nicht aus (§ 323) und ist die Prästationspflicht keine gegenseitige (§ 325). Inconsequent ist es, daß der Erlaß, wenn die Aufhebung des ganzen Schuldverhältnisses bezweckt war, gegen die übrigen Gläubiger und für die übrigen Schuldner wirken soll (§ 332). Eine unzweifelhafte Consequenz der Correalität enthält § 329: Die an einen Gesammtgläubiger geschehene Erfüllung wirkt auch gegen die übrigen Gläubiger und die von einem Gesammtschuldner geschehene Erfüllung auch für die übrigen Schuldner. Dieser Satz läßt sich nicht, wie auf den ersten Blick scheinen möchte, aus der bloßen Solidarität, sondern einzig und allein aus der Correalität ableiten. Es ist ein Irrthum, daß bei der bloß solidarischen Verpflichtung zu einer Geldsumme schon mit der Leistung des Geldbetrages Seitens eines Verpflichteten sich von

[1]) Gegen diesen Satz schon Pescatore, alternative Obl. S. 46, 47.

[2]) S. unten S. 247, 248, 442 u. daselbst Anm. 3.

[3]) Die bekannte l. 112 pr. D. de V. O. 45, 1 ist richtiger auch in ihrem zweiten Theile von einem alternativen Pendenzverhältniß zu erklären. Die Pendenz wird endgültig erst durch die Abgabe der definitiven Wahlerklärung entschieden. Ob Aenderung der Wahlerklärung statthaft sein soll, hängt lediglich von dem Willen der Contrahenten ab. In diesem Sinne versteht sich das unten S. 190, 191 Gesagte. Nichts daher irriger, als daß die Unterscheidung zwischen alternativer Pendenz und alternativer Obligation, die sich bei unbefangener Betrachtung aus den Quellen ganz von selbst ergiebt, von dem jus variandi abhängig sein soll!

selbst und ohne Weiteres die Befreiung der übrigen Verpflichteten verstehen soll, etwa wie bei der solidarischen Verpflichtung zu einer und derselben species, oder zum Ersatz eines und desselben Schadens die Leistung Seitens des Einen die Verpflichtung aller Uebrigen aufhebt, quia eadem res saepius praestari non potest, bezw. weil nach der einmal erfolgten Ausgleichung der Vermögenseinbuße ein Schaden nicht mehr besteht. Die solidarische Geldverpflichtung geht nicht auf einen individuellen Gegenstand: auf eine concrete Menge von Geldstücken, sondern für jeden Verpflichteten auf eine generische Leistung, ein abstractes Geldquantum.[1]) Die Leistung Seitens eines Schuldners macht die Leistung Seitens der übrigen nicht unmöglich und hebt deren Verpflichtungen nicht ohne Weiteres auf, vielmehr beruht die Befreiung derselben auf dem materiellen Princip der Correalität, wonach die schuldige Summe nur einmal geleistet werden soll, so daß die von einem Verpflichteten geleistete Zahlung eine exceptio für die übrigen begründet. Ohne den Einfluß dieses materiellen Princips würde die Leistung des Einen die Verpflichtung des Anderen völlig unberührt lassen, wie z. B. kraft der lex Aquilia bei einer Mehrheit von Delinquenten der Eine sich nicht auf die Zahlung des Anderen berufen kann, sondern Jeder den vollen Betrag der Schätzungssumme zu erlegen hat.

Während bei der Correalität die Aufhebung der Obligation für und gegen alle Correi durch die Leistung Seitens Eines bezw. an Einen Folge des Princips und Zwecks ist, so beruht bei bloßer Solidarität z. B. bei der Ersatzpflicht mehrer Vormünder, Mandatare und Geschäftsführer die Befreiung der Uebrigen durch die Leistung des Einen auf der Unmöglichkeit nochmaliger Leistung. Trotz der äußeren Aehnlichkeit des Effekts handelt es sich somit um völlig verschiedene Verhältnisse.

Dies zeigt sich auch in den Fällen, wo das Correalschuldverhältniß auf Leistung eines individuellen Gegenstands gerichtet ist. Obschon hier mit der Erfüllung durch Leistung für die Befreiung die Unmöglichkeit nochmaliger Leistung concurrirt, äußert sich doch der Unterschied zwischen Correalität und Solidarität insofern, als bei letzterer trotz der Leistung Seitens eines Verpflichteten und gerade wegen derselben und der dadurch herbeigeführten Unmöglichkeit nochmaliger Leistung die anderen Verpflichteten möglicherweise zur Leistung des Aequivalents oder zum Ersatz des, quod creditori abest, Rückerstattung des etwa vorausgezahlten Preises u. dgl. gehalten sind, also für sie keine völlige Befreiung bewirkt wird, während bei der Correalität durch die einmalige Leistung schlechterdings Befreiung eintritt, freilich nicht, wie bei einer Correalobligation auf Geld oder anderen Fungibilien, oder auf ein genus mittelst exceptio, sondern ipso jure. Dies erklärt sich sehr einfach aus dem verschiedenen Character des Gegenstandes und ist nichts Auffallendes.

[1]) Es findet also nicht einmal wahre Identität des Objects in diesem Falle statt. Irreführend ist die Ausdrucksweise der Quellen, welche von eadem pecunia sowohl bei Correalität (l. 2 D. de duob. reis 45, 2, in l. 3 § 1 eod. allerdings nur una summa) als bei bloßer Solidarität reden, z. B. l. 60 D. de O. et A. 44, 7: nunquam actiones poenales de eadem pecunia concurrentes alia aliam consumit.

Eine Analogie bietet die Befreiung des Schuldners durch casuelle Unmöglichkeit beim Gläubigerverzug, indem bei einer Geldschuld die Befreiung mittelst exceptio doli, bei einer Speciesschuld aber ipso jure geschieht. Wenn der Entwurf eine „einheitliche Regelung" der Solidarschuldverhältnisse herbeiführen will, so geschieht dies nach dem Obigen in ganz äußerlicher und mechanischer Weise, indem einfach die Consequenzen der Solidarität auf die Correalität übertragen werden. Dies ist unnatürlich, denn was bei den Solidarfällen z. B. den Obligationen auf Schadenersatz und Interesseleistung selbstverständlich ist, z. B. Erlöschen der sämmtlichen Verpflichtungen durch einmalige Leistung, bedarf bei der Correalität der besonderen Festsetzung. Und wenn umgekehrt die Solidarfälle nach dem Entwurf unter den im § 329 aufgestellten Begriff des Gesammtschuldverhältnisses fallen, und das eigenthümliche Merkmal der Correalität, daß die Leistung nur einmal zu geschehen hat, auf sie übertragen wird, so ist dies für die gesammtbefreiende Wirkung der Zahlung bei ihnen nicht erforderlich und wird ihnen damit überflüssigerweise ein ganz fremdartiges Begriffsmoment beigemischt. Es ist gewiß kein praktisches Bedürfniß, die Solidarfälle des bisherigen Rechts in Correalfälle zu verwandeln. Wenn man aber aus vermeintlichen Zweckmäßigkeitsgründen bei der Correalität an der Prävention, dem Constitutum und der gegenseitigen Prästationspflicht Anstoß nimmt, so läßt sich die Beseitigung dieser Folgen nicht mit dem bloßen Hinweis auf die Solidarfälle begründen und rechtfertigen, sondern nur durch eine entsprechend engere Fassung und Begrenzung des Princips der Correalität, indem man dies nur für die Erfüllung und unmittelbare Erfüllungssurrogate: Hinterlegung, Leistung an Erfüllungsstatt und Aufrechnung gelten läßt (§§ 329 Abs. 2, 331), wie dies in einem früheren Entwickelungsstadium der Correalobligation bei den Römern geschehen sein mag. Immerhin erhellt, daß um die Normirung des Gesammtschuldverhältnisses im Entwurf juristisch construiren zu können, auf das Princip der Correalität und den Unterschied zwischen ihr und der bloßen Solidarität zurückgegangen werden muß. Erhellt nun ferner, daß aus den vom Entwurf naturwidrig unter dem Begriffe des Gesammtschuldverhältnisses gezogenen Solidarfällen das specifisch correale Moment, die Einmaligkeit der Leistung zu eliminiren ist, so fällt bei gehöriger juristischer Analyse das „einheitliche Gebilde" des Entwurfes von selbst in seine zwei heterogenen Bestandtheile auseinander. Die Natur der Sache läßt sich nun nicht einmal gewaltsam unterdrücken.

Der Entwurf ist in dieser Materie allerdings nur einem Zuge der modernen Gesetzgebung gefolgt (Motive II S. 155 a. E.). Dieser Zug ist durch die bodenlose Zerfahrenheit der heutigen Theorie der Correalobligation leider nur zu erklärlich.

Unbedenklich ist die Regelung der Ausgleichungs- und Regreßfrage im § 337, da die hier gegebene Regel sich nur mit dem Vorbehalt versteht, daß nicht aus Gesetz oder Rechtsgeschäft sich ein Anderes ergiebt.

Hinsichtlich der Begründung der Obligationen sieht der Entwurf mit Recht, dem heutigen Stande der Theorie entsprechend, von einem vermögensrechtlichen Interesse des Gläubigers ab.

Als Gegenstand des Schuldverhältnisses wird im § 206 ein Thun oder Unterlassen genannt. Hierbei ist, wie die damit synonym gebrauchte Bezeichnung Leistung ergiebt, ein pecuniärer Character der Handlung vorausgesetzt, so daß Verpflichtungen auf pecuniär und wirthschaftlich indifferente Handlungen, z. B. daß A. der B. ein freundliches Gesicht zeige, sich gegen sie zuvorkommend benehme, ihr die Hand küsse, sie geistreich unterhalte u. dgl., auch nach dem Entwurf keine Anerkennung finden können.

Daß mit dem Aufgeben des eigenen pecuniären Interesse noch nicht das Erforderniß eines pecuniären Characters der obligatorischen Handlung an sich entfällt, ist selbstverständlich und einleuchtend, so daß es verwunderlich ist, wie man dies hat verkennen können.[1])

Zu billigen ist ferner, daß bei den sog. dinglichen Rechtsgeschäften (z. B. Forderungserlaß, Zession, Tradition, Auflassung) von einer obligatorischen causa abgesehen wird (§§ 290, 294 Abs. 2, 829, 874 Abs. 1, 983, 1147), da es sich hierbei um Akte der Verfügung über erworbene Rechte handelt, die als Ausfluß der persönlichen Dispositionsbefugniß schon an sich gerechtfertigt sind.

Ohne zwingende Gründe hat der Entwurf das einseitige, nicht acceptirte Versprechen als rechtsgeschäftlichen Entstehungsgrund von Forderungsrechten anerkannt (z. B. bei der Auslobung und bei Schuldverschreibungen auf den Inhaber §§ 581 fg., 685 fg.). Eine genauere Analyse dieser Fälle dürfte zu dem Resultat führen, daß in diesen Fällen nicht der subjective, privatgeschäftliche Wille, sondern die Rechtsvorschrift, der objective Wille, das rechtswirksame Moment bildet.[2]) Verfehlt ist es ferner, das Versprechen der Leistung an einen Dritten, in Ansehung seiner vermeintlich unmittelbaren Wirkung für den Dritten (§ 412 fg.), unter den Gesichtspunkt des einseitigen Versprechens zu stellen.[3])

Für die Einführung abstracter Verträge nach §§ 683, 684 spricht kein genügendes Verkehrsbedürfniß. Dem gewöhnlichen Verkehr sind dieselben entfremdet, sie würden nur den Deckmantel für wucherliche und andere schmutzige Geschäfte abgeben. Kein genügendes Gegenmittel gegen die daraus entspringenden Gefahren bietet die Vorschrift, daß bei Vorhandensein der Voraussetzungen einer Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung die Erfüllung des Vertrages verweigert und Befreiung von demselben verlangt werden kann, selbst wenn von dem Schuldner durch Ertheilung des Versprechens oder Anerkenntnisses gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßen worden ist. Verträge dieser Art wirken wirthschaftlich schädigend und demoralisirend. Im Interesse der Solidität des Verkehrs sind dieselben gänzlich fallen zu lassen.

Beim Kauf bringt der Entwurf die natürliche Auffassung zur Geltung, daß die Verpflichtung des Verkäufers zunächst und unmittelbar auf Ver-

---

[1]) Vergl. unten S. 466 Note 5.

[2]) Vergl. unten S. 470, 471.

[3]) Vergl. unten S. 467, 468.

schaffung des Rechts am Kaufgegenstande (§ 459), nicht bloß, wie nach römischen Recht auf Verschaffung des ungestörten Genusses (habere licere) gerichtet ist, da der römische Grundsatz nicht aus der Natur der Sache hervorgegangen ist, sondern in den künstlichen Eigenthumsverhältnissen des älteren römischen Rechts seinen Grund hat, und schon im neuesten römischen Recht eine Anomalie war.[1]) Mit dieser Veränderung des Standpunkts bedarf aber die Beibehaltung der Evictionspflicht einer anderen Begründung als nach römischen Recht. Ist der Veräußerer unmittelbar zur Rechtsverschaffung verpflichtet, so muß consequent auch dem Erwerber freistehen, den Anspruch wegen Nichterfüllung dieser Verpflichtung sofort geltend zu machen. Wenn dennoch die Erhebung des Anspruches wegen Nichterfüllung an die Voraussetzung gebunden sein soll, daß das Recht des Dritten mit Erfolg geltend gemacht ist (§ 374), so kann dies nur aus einer diesbezüglichen stillschweigenden Vertragsintention abgeleitet werden.

Ein entschiedener Mißgriff ist im Miethsrecht die Anwendung des Grundsatzes: Kauf bricht Miethe (§ 509). Daß dieser Satz in einzelnen Rechtsgebieten gilt und von einigen Gesetzentwürfen beibehalten ist, kann zu seiner Rechtfertigung Nichts beitragen. Er widerspricht ganz und gar dem heutigen Rechtsbewußtsein. Die Ausrottung derartiger unbilliger Sätze gehört recht eigentlich zur Aufgabe des modernen Gesetzgebers.

Von den allgemeinen organischen Rechtsprincipien sind im Entwurf die Causalität des Willens[2]) (Motive I S. 126) und das Gesetz der Motivation[3]) (Motive I S. 249, §§ 742—748, 364—368) vorausgesetzt, von den Modalitäten der Willenserklärung jedoch nur die Bedingung und Befristung geregelt, der Modus aber weder in seiner engeren Fassung als Endzweck und Auflage, noch in seiner weiteren Fassung als Voraussetzung berücksichtigt, weil, wie es in den Motiven I S. 249 heißt, „die Lehre von der Voraussetzung als einer allgemeinen Kategorie der Selbstbeschränkung der rechtsgeschäftlichen Wirkungen zur Zeit nicht die erforderliche Durchbildung und Anerkennung erfahren hat, um auf derselben gesetzgeberische Bestimmungen aufzubauen." Dies ist zwar richtig, hätte aber von einer selbständigen Normirung des Modus nicht abhalten sollen. Die Lehre vom Modus ist, richtig gefaßt, die Lehre von den Geschäftsmaßgaben. Letztere aber verdienen wegen ihrer artbildenden Kraft gerade für das praktische Recht die größte Beachtung.[4])

Durch die bedeutsamen Vorschriften des § 359 sind ferner die organischen und modalen Principien des Vertragsrechts zur unmittelbaren praktischen Anwendung gewiesen.

[1]) S. darüber unten S. 345 fgd.

[2]) S. darüber unten S. 141—197.

[3]) S. darüber unten S. 303—333.

[4]) Eine gedrängte Darstellung der Moduslehre ist im Nachfolgenden S. 218—228 gegeben.

Eine empfindliche Lücke dagegen ist es, daß es im Entwurf an Vorschriften über die sog. örtliche Collision der Rechte fehlt. Die einschlägigen Fragen verursachen in der Praxis die größten Zweifel. Theorie und Judikatur gewähren keinen genügenden Anhalt, können einen solchen auch nicht gewähren, weil die Natur der Sache zu verschiedenen, gleich möglichen Resultaten führt und für die Entscheidung zwischen denselben immerhin mehr oder weniger willkürliche Momente herangezogen werden müssen. Eine erschöpfende gesetzliche Normirung dieser Materie ist im Interesse der Rechtssicherheit dringend erforderlich.

Der Entwurf wird sich im Großen und Ganzen beibehalten lassen, bedarf jedoch im Einzelnen noch einer durchgreifenden Revision und Nachbesserung.

Berlin, November 1888.

Ryck.

2. Kapitel: Inhalt der Schuldverhältnisse.

Die Literatur über diesen Punkt ist sehr dürftig. Die Meisten vermischen die Lehre vom Gegenstand mit der Lehre vom Inhalt. Eine wirkliche Darstellung des Inhalts des Forderungsrechts findet sich allein bei Windscheid, Pand. II §§ 262 u. flgd.

1. Abschnitt: Leistungspflicht.

§ 69. Im Allgemeinen.

Inhalt des Schuldverhältnisses ist nicht das Verpflichtetsein für sich, auch nicht das Object der Verpflichtung für sich, sondern Jenes in Verbindung mit Diesem: das Müssen bezogen auf das Object, die objective Seite des Schuldverhältnisses im Gegensatz zu der subjectiven Seite, d. i. der Beziehung des Müssens auf das Subject.

Inhalt eines Schuldverhältnisses ist das in ihm enthaltene specifische Leistenmüssen, das Leistenmüssen nach Art, Modalität, Charakter und Gegenstand.

Eine Theorie vom Obligationsinhalt, welche Aufgabe könnte sie haben? Wohl keine andere, als: die den Inhalt der einzelnen Schuldverhältnisse gestaltenden und bestimmenden, ihre rechtliche Normirung beherrschenden Principien aufzusuchen. Eine solche Theorie wird sich nützlich erweisen, wo die positivrechtliche Normirung lückenhaft ist, indem sie der in solchen Fällen meist unsicheren Praxis feste und richtige Anhaltspunkte liefert.

Jene Principien aber sind zweierlei: theils von organischer, individuirender, theils von modaler Bedeutung. Die Lehre vom Obligationsinhalt hat somit die organischen und modalen Principien des Obligationenrechts zur Aufgabe.

Die gewöhnliche Theorie, welche nicht streng genug zwischen Inhalt und Gegenstand der Obligation sondert, kommt überhaupt nicht zu einer Theorie vom Obligationsinhalt, sondern kennt nur eine Nomenclatur der Obligationsgegenstände, indem sie diese nach gewissen physischen und rechtlichen Eigenschaften, ja sogar nach der Art und Weise, wie sie Gegenstand der Verpflichtung sind, klassifizirt, und gewisse, häufig vorkommende Gegenstände besonders hervorhebt und definirt. Was sich hierüber sagen läßt, fällt

bereits in die allgemeine Theorie von den Rechtsobjecten, wenn man unter dem Begriff des Objects nicht bloß körperliche Sachen, sondern consequent auch die Handlungen, positive wie negative, zu begreifen hat. Die Erfordernisse der letzteren: Möglichkeit, Erlaubtheit, Zulässigkeit, sowie ihre Eigenschaften: Bestimmtheit, Unbestimmtheit, Theilbarkeit und Untheilbarkeit sind allgemeine Momente des Objects, und kommen z. B. auch in Frage, wo die Befugniß zu einer Handlung oder Unterlassung den Inhalt eines dinglichen Rechts bildet, ferner bei Bedingungen, die Handlungen zum Gegenstand haben. Unhaltbar ist die Klassification der Objecte nach der Art und Weise, wie man dazu verpflichtet ist, da dies nicht auf Arten der Objecte, sondern auf Arten der Verpflichtung führt (z. B. alternative und generische Obligation).

Ebenso handelt es sich bei den Geldschulden nicht sowohl um eine Frage nach dem Object (das Object ist hier immer einfach Geld), als vielmehr um eine Frage nach dem Inhalt, welchen die Geldschuld unter Umständen annehmen kann. Auch bei den Gegenständen, die man als besonders hervorzuhebende bezeichnet: Interesse, Schadensersatz, Zinsen, Strafe, Buße, tritt die Frage nach dem Objecte erheblich zurück vor der nach Form und Grund der Verpflichtung. Verfehlt ist ferner der vielfach aufgestellte Gegensatz zwischen principalem und eventuellem Obligationsgegenstand.

Eigentlicher und alleiniger Gegenstand ist nur derjenige, auf den die Obligation kraft ihres Grundes gerichtet ist. Der an Stelle der Natural- oder Individualleistung tretende Geldersatz setzt zwar die Principalobligation voraus, beruht aber doch formell auf einem besonderen, von dem ursprünglichen Obligations-Grunde verschiedenen Grunde. Nicht ein principaler und eventueller Gegenstand, sondern eine principale und sekundäre Obligation sind hier zu unterscheiden. Die Beziehung des Gegensatzes auf das bloße Object ist unzutreffend und verdunkelt den wahren Zusammenhang.

Ist sonach die Lehre vom Object von der Lehre vom Inhalt zu trennen, und erstere zweckmäßig dem allgemeinen Theil zu überweisen, so bedarf letztere noch der näheren Begrenzung nach einer anderen Richtung hin.

Auszuscheiden sind folgende Punkte: das beneficium dationis in solutum, beneficium competentiae, Zwangsstundung und Moratorium, Güterabtretung und Concurs, da dies Alles im Allgemeinen den Inhalt des Forderungsrechts nicht berührt, sondern nur Modificationen der Ausübung und Geltendmachung desselben bildet. Lediglich auf den Klagenschutz beziehen sich ferner die sog. Proceßnachtheile und erscheinen also als Verstärkung des Klagerechts.

Die Ersatzleistung in Folge culpa ist nicht sowohl Inhalt, als Wirkung der Obligation: rechtlich anerkannte Consequenz der Leistungspflicht.

Wenn es das Wesen der Verpflichtung ist, daß der Verpflichtete sich nicht willkürlich freimachen kann, so kann er dies auch nicht dadurch, daß er sich thatsächlich außer Stande setzt, zu leisten, vielmehr muß trotzdem seine Verpflichtung fortbestehen, was bei dem unausbleiblichen Nichterfolgen der Leistung unter dem Princip der Geldcondemnation von selbst zur Leistung

des Werthes bezw. Interesse führt. Wenn auch nicht die Ersatzleistung selbst, so gehören doch die Grundsätze über Prästation der culpa: die Prästations- und Einstandspflicht neben der Leistungspflicht zum Obligationsinhalt, da sich nach jenen eben Grad und Umfang der Leistungspflicht und damit auch die Fälle bestimmen, in denen die Wirkung: die Ersatzleistung eintritt.

Unter dem id quod in judicium venit wird daher in den Quellen erörtert nicht bloß, was man aus dem concreten Schuldverhältniß zu leisten, sondern auch, ob und inwieweit man für culpa und diligentia einzustehen hat. Die Lehre vom Obligationsinhalt hat daher einmal die Leistungs-pflicht und sodann als deren nähere Begrenzung die Prästationspflicht zu umfassen und aus den das Schuldverhältniß beherrschenden Principien zu entwickeln.

§ 70. Organisches Princip (Zweckmoment)

des Rechts ist der Zweck. Dies soll nicht heißen, daß die Substanz des Rechts und der Rechtseinrichtungen das Produkt individueller Willkür sei und es zu ihrer Erschaffung genügte, daß der Wille auf Realisirung eines vorgestellten Zukünftigen gerichtet war und man sich davon Befriedigung versprach. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß die Substanz der Rechts-verhältnisse wie der socialen Verhältnisse überhaupt aus den Grundstrebungen der menschlichen Natur nach ihrer Begehrlichkeit, Sinnlichkeit und Körper-lichkeit hervorgeht, nicht die spontane Eingebung individueller Lust oder Unlust ist, sondern auf objectiver Nothwendigkeit beruht. Demgegenüber bleibt der freien Selbstbestimmung, den subjectiven Zwecken nur ein beschränktes Gebiet. Der Mensch thut zunächst das, was ihm die Natur vorschreibt, und so bildet sich unter der Macht des Naturdranges der Stoff der Lebens- und Rechts-verhältnisse. Innerhalb des objectiv Gegebenen entfaltet die Zweckbestimmung ihre Wirksamkeit in der Durchdringung und planmäßigen Normirung der Lebensverhältnisse.

Der Zweck ist

das organische Princip des Rechts.

Indem der denkende Mensch die in den Dingen waltende Nothwendig-keit und die dadurch gesetzten Beziehungen als seine Lebensbedingungen erkennt, richtet sich sein Wille auf deren Wahrung und Verstärkung. Die-selben werden damit in das Gebiet des Geistes und Willens gezogen: das substantielle Moment wird zum Zweckmoment erhoben. Durch die Richtung auf das als nothwendig Erkannte findet der Wille seinen realen Inhalt, seine innere Begründung und Rechtfertigung, und gestaltet sich zum vernünftigen Zweck. Ohne Beziehung auf ein Nothwendiges, folgeweise auch ein Nützliches oder Angenehmes ist die Willensrichtung auf Realisirung eines vorgestellten Zukünftigen gar nicht denkbar, wesenlos und in sich nichtig. Der Zweck als organisatorisches Moment des Rechts ist also gar nicht anders

zu denken als in untrennbarer Verbindung mit der Idee der Nothwendigkeit, d. i. der Idee eines zu realisirenden Guts. Der Maßstab des Nothwendigen und Guten ist aber im positiven Recht kein absoluter. Zu allen Zeiten und bei allen Völkern finden sich Rechtsinstitute, die unbeschadet der Daseinsbedingungen der Gesellschaft hätten fehlen können, die für die Entfaltung des religiösen, sittlichen, ästhetischen und ökonomischen Lebens nicht nur ohne alle Bedeutung, sondern sogar schädlich und verderblich gewesen sind, nichtsdestoweniger aber von der Ueberzeugung ihrer Nothwendigkeit und Heilsamkeit getragen wurden. Das positive Recht verträgt nur den relativen Maßstab. Wenn der Zweck im Recht auf die Erstrebung der socialen Güter gerichtet ist, der Kreis dieser Güter aber kein ein für allemal geschlossener, sondern nach den Zeitverhältnissen, Bedürfnissen und socialen Zuständen selbst wechselnder und beständig fluctuirender ist, so ist damit von vornherein ein relativer Charakter des jeweiligen positiven Rechts gesetzt. Hiezu kommen unvermeidliche Irrungen in der Erkenntniß der Gesellschaftsgüter und dadurch bedingte Mißgriffe in der Zweckbestimmung.

Zur Relativität des Zwecks gesellt sich die Relativität des Mittels. Bei dem Reichthum der Machtmittel stehen meist für ein und denselben Zweck mehre dergleichen zu Gebote und ist die Auswahl unter denselben Sache des freien Ermessens. Hiedurch wird ein weiteres Moment von Relativität gesetzt. Noch häufiger, als bei der Erkenntniß der Gesellschaftsgüter und Bestimmung der Zwecke, sind Fehlgriffe in der Auswahl der Mittel, da bei der Complicirtheit der socialen und wirthschaftlichen Fragen und der Eigenart der mitspielenden Faktoren der Erfolg einer Maßregel sich schwer im Voraus sicher berechnen läßt. Die Erfassung und richtige Fixirung der specifisch rechtlichen Zwecke, sowie die Auffindung und richtige Auswahl der Mittel ist Sache der Rechtspolitik.

Nach dieser allgemeinen Charakteristik des Zwecks im Recht ist seine organisatorische, constructive Bedeutung darzulegen. Die

Constructive Bedeutung des Zwecks im Recht

ist im Wesentlichen gleichartig derjenigen, welche dem Zweck im Leben überhaupt zukommt.

Das tägliche Leben, das ganze Gebiet des menschlichen Wirkens und Schaffens wird durch Zwecke beherrscht. Der Zweck hat nun im Allgemeinen die Wirkung, daß er die menschliche Kraftentfaltung auf einen bestimmten Punkt: den vorgestellten Erfolg fixirt und in dieser Richtung zur Wirkung hervorruft. Die Realisirung des Zwecks, die Herbeiführung des vorgestellten Erfolges fällt in das Gebiet des Realen. Der zweckbewußte Wille greift aus der Fülle der praktischen Mittel diejenigen heraus, die empirisch zu der Verwirklichung des erstrebten Erfolges geeignet sind. Ohne Kenntniß des Causalgesetzes ist keine Zweckrealisirung möglich. Das zweckrealisirende Individuum muß folgende Calculation anstellen: Du willst dieses D. Dieses D kann aber nur vollbracht werden durch dieses M oder M^1 oder M^2. Folglich

mußt du, um D zu erreichen, M oder M^1 oder M^2. In der praktischen Idee werden Wirkung und Ursache als Zweck und Mittel verknüpft. Das Zweckurtheil: Du mußt M, M^1, M^2, damit D entsteht, hat zur nothwendigen Voraussetzung das Abhängigkeitsurtheil: Wenn M, M^1 oder M^2 geschieht, so entsteht D. Die Erreichung des Zwecks hängt von der richtigen Auswahl der Mittel, und diese hinwieder von der richtigen Erkenntniß des Causalgesetzes ab. Mit dem concreten Zweck ist von selbst die concrete Mittelreihe gegeben, die zur Zweckrealisirung in Bewegung gesetzt werden muß. Z. B. der Zweck des Hausbaues bedingt, daß man den Bauplan entwirft, die obrigkeitliche Bauerlaubniß nachsucht, den Bauplatz erwirbt, Materialien anschafft, Arbeiter dingt, und Alles dem Plan entsprechend ausgeführt wird, der Zweck einer Maschine bedingt Material, Dimensionen, Gewicht, Form und Funktion derselben u. s. w. Bei Vorhandensein mehrer gleichtauglicher Mittel wird trotz aller Verschiedenheit derselben untereinander doch die virtuelle Eigenschaft eines jeden, daß es zu dem bestimmten Zwecke führt, das gemeinsame Kriterium bilden, durch welches dieselben sich als eine besondere Art von Mitteln von der Gesammtmasse der übrigen Machtmittel abscheiden.

Der Zweck erscheint also im Gebiete des Endlichen, d. h. des menschlichen Wirkens und Schaffens als das formgebende, ausgestaltende, die Materie umbildende Princip, als causa formalis.

Die Idee eines sich durch sich selbst verwirklichenden Willens, eines Gedankens, der schon dadurch, daß er ist, ohne Vermittelung des Causalgesetzes die Dinge erschafft und gestaltet, liegt außer dem Bereich des Endlichen.

Wie im Realen erprobt sich auch auf dem idealen Gebiete des Rechts der Zweck als organisirendes Princip. Die Wahrung und Sicherung der an den naturnothwendig gegebenen Grundbeziehungen und deren Erweiterung erkannten Gesellschaftsgüter und Interessen muß beginnen mit der Erkenntniß der sie bedingenden Faktoren, Verhältnisse und Thätigkeiten. Das Abhängigkeitsurtheil für die Rechtsverhältnisse enthält der Begriff des Interesse. Das Interesse ist h y p o t h e t i s c h e r V o r t h e i l, h y p o t h e t i s c h e s G u t und beruht auf dem Urtheil: wenn Dieses oder Dieses geschieht oder nicht geschieht, so resultirt dieses und dieses Gut.

Bezweckt also das Recht die Wahrung der Gesellschaftsgüter, und kann es nur wirken durch die Norm und die Norm hinwieder nur sich richten entweder an die Einzelnen oder die Gesammtheit, so besteht das Machtmittel des Rechts darin, daß es die Einzelnen oder die Gesammtheit zur Bethätigung im Sinne des zu wahrenden oder zu verwirklichenden Gesellschaftsgutes aufruft und nöthigenfalls zwingt. Der Zweck, ein bestimmtes Gesellschaftsgut zu realisiren, bedingt eine bestimmte Reihe von Thätigkeiten, eine bestimmt determinirte Summe positiver oder negativer Handlungen. Das vom Recht geforderte Thun oder Lassen ergiebt den Begriff der Pflicht. Gebote und Verbote begründen die allgemeinen Gesellschaftspflichten. Jedem Gesellschaftszweck entspricht ein bestimmter Pflichtenkreis. Das System der Rechtspflichten ist die Zusammenfassung der durch die verschiedenen Gesellschaftszwecke bedingten Pflichtenkreise. Den allgemeinen Pflichten steht

gegenüber ein System der subjectiven Pflichten, die sich zu subjectiven Privatrechten consolidiren und um deren verschiedene Beziehungen sich die Summe der gewährenden Rechtssätze gruppirt, welche das System des Privatrechts bildet.

Beruht aber die Wahrung der Gesellschaftsinteressen auf der Rechtsordnung, so liegt es weiter im Zweck der Gesellschaft, die Rechtsordnung aufrecht zu erhalten und ihre Verletzung und Uebertretung zu ahnden. Dies führt auf den Strafzweck und die Strafmittel. Zweck und Mittel beherrschen somit alle Gebiete des Rechts. Der Zweck ist zwar nicht der Schöpfer, wohl aber der Organisator des Rechts.

Es ist nunmehr die gestaltende Kraft des Zwecks im Einzelnen: und zwar hier an den Instituten des Obligationenrechts aufzuzeigen.

Das Zweckmoment im Obligationenrecht.

Der Inhalt der Obligation bestimmt sich nach dem Zweck, auf welchen diese sich bezieht.

Die Zweckbeziehung ist entweder eine direkte, constitutive oder indirekte, consecutive.

Sie ist constitutiv, wenn sie auf Leistungen geht, die zur Zweckerfüllung erforderlich sind. Durch den Zweck wird der ganze Obligationsinhalt individualisirt und gekennzeichnet. Eine Aufzählung der einzelnen, zur Zweckerfüllung erforderlichen bezw. aus derselben sich ergebenden Leistungen und Thätigkeiten ist weder nothwendig noch überall durchführbar. Mit dem concreten Verkehrszweck sind von selbst die entsprechenden concreten Leistungspflichten gegeben.

Bei der Zweckrealisirung können sich Komplikationen ergeben, die im Voraus sich gar nicht übersehen lassen und ist es deßhalb vorzuziehen, den Inhalt principmäßig nach dem Zweck zu charakterisiren, anstatt die Leistungspflichten einzeln aufzuzählen.

Mit der Erklärung für einen bestimmten Geschäfts-, Verkehrs- oder Rechtszweck (Kauf, Miethe u. s. w.) ist ohne Weiteres ein rechtlicher Gesammteffect gesetzt, der auf alles das geht, was der ausgesprochene Zweck in sich schließt, auf den ganzen Inbegriff der dadurch gegebenen Rechte und Pflichten. Alle einzelnen Befugnisse und Leistungen leiten sich aus dieser Totalwirkung ab.

Für die Ziehung der Consequenzen bietet die Auffassung und Gewöhnung des Verkehrs den besten Anhalt. Mit den Verkehrszwecken entwickeln sich von selbst auch die Realisirungsformen derselben und stellt sich alsbald empirisch fest, was der Zweck erheischt und mit sich bringt. Die empirischen Resultate dieses Entwickelungsprocesses werden von der Jurisprudenz oder dem Gesetzgeber fixirt, und bilden alsdann die nach der Natur des Geschäfts selbstverständlichen Folgen desselben (naturalia negotii).[1]

[1]) Die Auffassung der Naturalien als bloßer Consequenzen des Rechtsgeschäfts erhellt deutlich aus den Quellen: z. B. l. 5 pr. D. act. e. v. 19, 1: quae per consequentias emptionis propria sunt. Daran zeigt sich vollends die Haltlosigkeit der Kohler'schen Opposition gegen die Causalität des subjectiven Willens. (Vergl. oben S. 141 Note 2.)

Die consecutive Zweckbeziehung beruht darauf, daß die Leistungspflicht die Realisirung des vorliegenden Verkehrszweckes voraussetzt. So ergiebt sich die Rückgabepflicht z. B. des Commodatars daraus, daß die Sache zum Gebrauch hingegeben und der Gebrauch gemacht ist, ebenso die Rechte und Pflichten aus der Negotiorum Gestio, daß diese vollzogen ist.

Einen authentischen Beleg für die Individualisirung und Construction des Obligationsinhalts aus dem Zweck liefern die römischen Klageformeln. Denn wenn in Anschluß an die demonstratio (z. B. Quod A. Agerius N. Negidio hominem vendidit, quod A. Agerius apud N. Negidium hominem deposuit, quod N. Negidius negotia A. Agerii gessit) die Intentio auf quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet lautete, die Intentio aber der präcise Ausdruck des erhobenen Rechtsanspruchs, der wesentliche Inhalt der demonstratio aber eben der concrete Geschäftszweck (causa) ist, so ergiebt sich, daß das Civilrecht in diesem die oberste Norm für Inhalt und Umfang des Schuldverhältnisses sah und die Festsetzung der Folgen nach Maßgabe desselben dem richterlichen Ermessen überließ: ejus judex N. Negodium A. Agerio condemnato.

Gegen die constructive Verwendung des Zweckmoments bei der Obligation hat sich, besonders seit G. Hartmann's Schrift: Die Obligation, Untersuchungen über ihren Zweck und Bau, 1878, Widerspruch erhoben. Dieses ist vorweg hinfällig, sofern man sich darauf stützt, daß nicht der Zweck, sondern nur das Wesen der Obligation deren Begriff und Individualität ergebe, da man hier offenbar den faktischen Zweck, zu welchem die Obligation contrahirt wird, mit dem objectiven, immanenten Verkehrszweck, dem die Obligation sich unterordnet, verwechselt wird, und der letztere eben Wesen, Inhalt und Charakter der Obligation ausmacht. Soweit man ferner einzelne von Hartmann gezogene Consequenzen bekämpft, folgt daraus Nichts gegen die constructive Bedeutung des Zweckmoments. Als unhaltbar erweist sich bei näherer Betrachtung auch der fast traditionell gewordene Satz: daß die Obligation lediglich durch ihren Entstehungsgrund individualisirt wird. Die Begriffsbestimmung und Individualisirung aus dem Entstehungsgrund läuft hinaus auf eine genetische Definition des Individualbegriffs. Die genetische Definition muß wie jede andere Definitionsform die wesentlichen allgemeinen und eigenthümlichen Merkmale des Individuums angeben und thut dies auf einem Umwege, indem sie, wo dies ausführbar, die Vorstellung des Begriffsinhalts aus der Art und Weise der Entstehung des Objects hervorgehen läßt, sie muß schließlich zu demselben Resultat führen, wie auf direktem Wege die Existential- und Essentialdefinition. Sehr häufig freilich dient sie zum Unterschlupf unklarer und mangelhafter Erkenntniß und zur Verhüllung des idem per idem und ist ihr gegenüber Vorsicht geboten. Bei dem Entstehungsgrund der Obligation kann nun das individualisirende Moment offenbar nicht darin liegen, daß die Obligation durch den subjectiven oder objectiven Rechtswillen begründet wird, in dieser Beziehung stehen sich alle Obligationen gleich —, so andere lediglich in dem Inhalt des erzeugenden Rechtswillens und was Anderes ist der Willensinhalt als der

reproducirte Rechts- und Verkehrs-Zweck? So ergiebt sich auch vom Entstehungsgrunde aus nach Entfernung des unnöthigen Beiwerks das Zweckmoment als das einzige für die Individualisirung relevante Moment der causa. Der Sprachgebrauch der Quellen, nach welchem causa bald den Entstehungsgrund, bald den Zweck bedeutet, erklärt sich einfach aus der begrifflichen Identität des causirenden Willensinhalts mit dem Zweck.

Individualisirende Bedeutung kommt mithin dem Entstehungsgrunde nicht als solchem zu, sondern nur wegen des in ihm zum Ausdruck gebrachten Zweckmomentes.[2])

Subject und Object der Obligation sind zwar Individualitätsmerkmale der Obligation, genügen aber nicht zur vollen Individualisirung, wenn diese ordentlicherweise den juristischen Charakter der Obligation, z. B. als oblig. poenalis oder rei persecutoria mitumfassen muß, wie auch über das Wesen der Correal- und Alternativ-Obligation sehr wenig damit gesagt ist, daß es bei jener sich um mehre Obligationen zwischen denselben Personen auf dieselbe Leistung, bei dieser um mehre Obligationen zwischen denselben Personen auf verschiedene Leistungen handelt.

a) Bei den Consensualcontracten wird die Begriffsbildung ganz und gar durch den Geschäftszweck bestimmt und ergeben sich alsdann die einzelnen Leistungspflichten als selbstverständliche Folgen aus dem Begriff.

So ergiebt sich z. B. aus der Natur des Kaufs als eines Austauschgeschäfts, bei welchem zur Erleichterung des Güterverkehrs ein allgemeiner Werthmesser: das Geld als Tauschmittel zur Anwendung kommt, als zunächst einerseits die Verpflichtung zur Ueberlassung der Sache, andererseits zur Preiszahlung und als sodann als weiteres Erforderniß die Festsetzung des Aequivalents im Gelde. Naturgemäß geht die Absicht der Parteien auf Veräußerung dahin, daß dem Käufer die Sache zum ausschließlichen Haben überlassen wird und also, das Eigenthum des Verkäufers vorausgesetzt, das Eigenthum erwirbt. Wenn trotzdem die Verpflichtung des Verkäufers nicht, wie bei einer stipulatio dandi, unmittelbar auf Verschaffung des Eigenthums, sondern eben vorläufig nur auf Ueberlassung zum Haben gerichtet ist, und der Zweck der Rechtsübertragung sich erst mittelbar in der Vertretungspflicht wegen Eviktion geltend macht, während der Käufer schon vorweg verpflichtet ist, dem Verkäufer das Eigenthum am Kaufgelde zu verschaffen, so muß dies Alles seine guten Gründe gehabt haben. Offenbar unzureichend aber ist es, jene Beschränkung der Verpflichtung des Verkäufers auf das habere licere praestare aus einer „Begünstigung des Waarenumlaufs" (Kuntze, Instit. § 682) oder aus einer Rücksicht für die „Sicherheit des Verkehrs" (Bechmann, Kauf I S. 106) zu erklären, da jene Begünsti-

---

[1]) Vergl. hierüber die treffliche Schrift von Lotmar, causa, 1875 S. 34 flgd., in welcher ferner die Zwecke nach ihrer formalen Seite unter verschiedenen Kategorien gebracht werden.

[2]) Treffend hat dies bereits Hartmann, Obligat. S. 38 hervorgehoben.

gung ziemlich willkürlich erscheint, die letztere Rücksicht aber auch für eine gleiche Behandlung der Verpflichtung des Käufers spricht.

Daß der Satz von der Verschaffung des Eigenthums am Kaufgelde sich erst „in der jüngeren Zeit" festgestellt habe (Voigt, 12 Taf. II S. 188 Note 1), also im Widerspruch mit einem älteren, auch die Leistung des Käufers auf das habere licere praestare beschränkenden Rechtssatze, ist wenig wahrscheinlich, da die ursprüngliche und natürliche Auffassung in dem Austauschgeschäft ein auf Eigenthums- und wirkliche Rechtsübertragung gerichtetes Geschäft[1]) sieht. Die Reduction der Leistung des Verkäufers auf das habere licere praestare hat einen künstlichen Charakter, welcher die juristische Technik verräth, zu weit hergeholt, ist der für die ungleiche Behandlung des Verkäufers und Käufers von Unterholzner (Schuldverhältnisse II S. 294) angegebene Grund[2]), daß der Verkäufer, wenn ihm fremdes Geld in Zahlung gegeben würde, sobald er davon Kenntniß erhält, davon so gut wie gar keinen Gebrauch machen könnte, da der Gebrauch des Geldes im Ausgeben besteht, die wissentliche Verausgabung fremden Geldes aber ein factum enthält, während der Käufer in der Regel an das Behalten der Sache denkt (petitio principii!), und da er, sofern er redlicher Erwerber ist, ein unläugbares Recht zur Benutzung hat, dieses ihm, so lange keine Entwährung eintritt, genügen und, wo es nicht genügt, der Vertrag die Grenzen eines gewöhnlichen Kaufs überschreiten und der Eigenthumsübergang ausdrücklich bedungen werden möge.

Der Grund dürfte in den complicirten Eigenthumsverhältnissen des älteren Civilrechts liegen. Verschaffung des Eigenthums wäre im Sinne des älteren Civilrechts Verschaffung des quiritarischen Eigenthums gewesen und würde also, wenn man diese zu einem Begriffsmomente des Kaufes gemacht hätte, die res quae tantum in bonis habentur vorweg vom Gebiet desselben ausgeschlossen worden sein. Wollte man diese Inconvenienz vermeiden, so mußte man jenes Moment überhaupt fallen und es bei dem habere licere praestare bewenden lassen; daraus ergab sich dann die Consequenz, das Vorhandensein eines Kaufes anzuerkennen, auch wenn eine fremde Sache der Geschäftsgegenstand war.[3]) Abzuweisen ist dagegen die Vorstellung, als habe man gerade um Verkäufe fremder Sachen zu ermöglichen, die Leistungspflicht des Verkäufers auf habere dicere beschränkt. Eher könnte für diese Gestaltung der Verpflichtung des Verkäufers die Eigenschaft des Kaufes als contractus juris gentium mitgewirkt haben, insofern letzteres als ordentliche Veräußerungsform nur die Tradition kennt. Hiezu kommt die praktische Erwägung, daß, wenn dem Verkäufer Verschaffung des Eigenthums auferlegt

[1]) z. B. bei stipulatio dandi, l. 25 § 1 D. de c. e. 18, 1, l. 16 D. de cond. c. d. 12, 4, — ferner: Tausch l. 1 § 3 D. de rer. perm. 19, 4, — Darlehen l. 2 § 4 D. de reb. cred. 12, 1.

[2]) Nichtssagend der Erklärungsversuch der Glosse facere cogitur] zu l. 11 § 2 D. 19, 1: venditor in specie obligatur.

[3]) l. 12 D. de contr. empt. 18, 1: rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio: sed res emptori anferri potest.

worden wäre, der Käufer unter dem Vorgeben, daß der Verkäufer nicht Eigenthümer sei, die Zahlung des Kaufpreises bis zum Erweis des Eigenthums hätte verweigern können, da er die bloße Hingabe der Sache ohne Verschaffung des Eigenthums nicht als Erfüllung annehmen brauchte.[1]) Es erschien daher zweckmäßiger, die Eigenthumsfrage bis zum wirklichen Hervortreten von Eigenthumsansprüchen eines Dritten auszusetzen[2]) und dem Verkäufer die Schwierigkeit zu ersparen, vorweg dem Käufer gegenüber sich über sein Eigenthum auszuweisen.

Der Begriff des Kaufs sowie Pflichten der Contrahenten gestalten sich somit nach bestimmten vorwaltenden Verkehrszwecken und praktischen Rücksichten.

Gleiches gilt von der Miethe. Auf der einen Seite ist das Bedürfniß zur Benutzung fremder Sachen (l. c. rerum) und fremder Thätigkeit (l. c. operarum) vorhanden, auf der andern Seite die Geneigtheit, solche gegen Entgelt zu gewähren. Hieraus entwickelt sich die Verkehrscombination, sich den Gebrauch der fremden Sache und die fremde Dienstleistung für einen Geldpreis: Lohn (merces, pretium) zu verschaffen, was Zweck, Wesen und Inhalt der Sache und Dienstmiethe ausmacht.

Unter Umständen eröffnet sich die Aussicht, die gewünschte fremde Thätigkeit unentgeltlich zu erlangen; hier handelt es sich zunächst um Inanspruchnahme fremder Gefälligkeit, deren Zusage jedoch bindend ist und zu einem Pflichtverhältniß: dem Mandat führt. Nach dem ursprünglichen Charakter desselben wird das Moment der Unentgeltlichkeit festgehalten: mandatum nisi gratuitum nullum est. nam originem ex officio atque amicitia habet Contrarium ergo est officio merces, l. 1 § 4 D. mand. 17, 1.

Inhaltlich geht das Mandat auf Entfaltung irgend welcher geschäftlicher Thätigkeit (facere), weder also, wie das Commodat, auf selbständige Benutzung einer fremden Sache, noch, wie das Depositum, auf Benutzung

---

[1]) „Scheinleistung": Bekker, Jahrb. 6 S. 229 flgd.

[2]) l. 3 C. de evict. 8, 45: qui rem emit et post possidet, quamdia evicta non est, auctorem suum propterea quod aliena vel obligata res dicatur, convenire non potest l. 1 pr. D. de rer. perm. 19, 4: venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere et purgari dolo malo: itaque si evicta res non sit, nihil debet l. 11 § 2, 30 § 1 D. a. e. v. 19, 1, l. 25 § 1 D. de c. e. 18, 1. Daß die römischen Juristen „in zahlreichen Entscheidungen über diesen Satz hinausgegangen seien" (Dernburg P. § 99 N 29 mit Bezug auf Eck, Verpfl z. Gewähr. des Eigenth. S. 25), also, wenn anders diese Redewendung irgend welchen Gehalt haben soll, den Verkäufer zum sofortigen dare für verpflichtet erachtet hätten, kann ich nicht finden. Die Haftung des Verkäufers im Falle des Dolus, l. 30 § 1, l. 45 § 1 D. a. e. v. 19, 1, beweist das Gegentheil, da sie gerade jenen Satz zur nothwendigen Voraussetzung hat. Aus der dem Kauf immanenten Veräußerungsabsicht folgt aber nur, daß alles Recht des Auctors, im Gegensatz zu dem bloßen Gebrauch oder der Nutzung der Sache, auf den Käufer überzugehen hat, weßhalb auch der Verkäufer zur Vornahme der Uebertragungsakte: Traction bezw. Mancipation verbunden ist und der Käufer unter der Voraussetzung des Eigenthums des Auctors solches ebenfalls erwirbt. Dies Alles ist noch sehr verschieden von einer unmittelbaren Verpflichtung zur Verschaffung des Eigenthums, l. 80 § 3 D. de c. e. 18, 1. Paul. rec. sent I, 13, 4. l. 11 § 2 D. a. e v. 18, 1.

sich erst, wenn er in der fremden Vorschrift kein Motiv zum eigenen Entschluß findet, sondern dieselbe ausdrücklich nur auf Verlangen des Anderen übernimmt, wie wenn es sich um eigenes (Pecuniar- oder Affections-) Interesse des Letzteren handelte.

Nur, wenn in diesem Sinne die Vorschrift ertheilt und angenommen wird, liegen die Kriterien des Mandates vor, und muß beim Vorhandensein eines solchen selbstverständlich der Vorschreibende dem Ausführenden für allen Nachtheil aufkommen. Es ist fehlerhaft, ein derartiges Geschäft als einen mit einem „stillschweigenden Garantieversprechen" verbundenen Rath zu construiren. Ebensowenig wie das consilium wäre das formlose stillschweigende Garantieversprechen nach röm. R. bindend gewesen. Wenn dennoch aus einem solchen Geschäft eine actio und zwar die actio mandati hervorging, so kann dies doch nur darauf beruhen, daß dasselbe sich eben als Mandat darstellt. So wird denn auch lediglich die Mandatsabsicht und der Mandatscharakter urgirt in den Worten der l. 6 § 5 D. mand. 17, 1: Plane si tibi mandavero, quod tua intererat, nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit aut si non esses facturus, nisi ego mandassem. In einer Vorschrift darüber, was man in eigener Sache thun soll, ist man an sich nur einen Rath zu finden berechtigt, und bedarf es zu einem Mandat eines besonderen darauf gerichteten Willensmoments.

Aus dem Charakter des Mandats als eines auf Gefälligkeit und Unentgeltlichkeit beruhenden Verhältnisses folgt ferner das Widerrufsrecht des Mandanten und ein entsprechendes Kündigungsrecht des Mandatars.

Im Uebrigen versteht sich aus dem Zweck des Geschäfts von selbst, daß der Beauftragte verpflichtet ist, das aufgetragene Geschäft für den Auftraggeber zu besorgen, nicht ohne Grund von der ertheilten Anweisung bei der Ausführung abweichen darf, und das zum Zweck der Ausführung Erhaltene sowie das, was er durch die Ausführung erlangt hat, dem Auftraggeber auszuantworten, auch über die Ausführung Rechenschaft abzulegen bezw. bei einer Vermögensverwaltung Rechnung zu legen hat, wogegen umgekehrt ihm die nothwendigen Auslagen zu ersetzen sind.

Bei der Gesellschaft ist ein juristischer und ein faktischer Zweck zu unterscheiden, der erstere geht auf Vereinigung der Kräfte und Mittel zu einem gemeinsamen Endzweck. Daraus folgt von selbst: daß jeder Gesellschafter den versprochenen Beitrag zu leisten, und was er für die Gesellschaft oder aus dem Gesellschaftsvermögen erworben hat, herauszugeben hat, und andererseits an Gewinn und Verlust verhältnißmäßig Theil nimmt. Der faktische Zweck ist das zu erreichende Endziel, z. B. Begründung einer Vermögensgemeinschaft (societas omnium bonorum), Erzielung von Erwerb (societas quaestus, Handelsgesellschaft, Gelegenheitsgesellschaft). Der juristische Zweck bestimmt den Inhalt, der faktische Zweck den Gegenstand der Societätspflichten (soc. quoad sortem — quoad usum).

Die Societät ist ein persönliches Verhältniß, da bei der Auswahl des Socius die Individualität desselben in Betracht gezogen wird und erlischt sie

weis, daß ein mutuum, commodatum, depositum pignus vorliegt. Ebendeßhalb brauchte der Prätor in seinem Edikt nicht eine Specification der von ihm aus Veranlassung eines Geschäfts anerkannten Ansprüche aufstellen, sondern er konnte sich darauf beschränken, daß er aus einem bestimmten Geschäft oder geschäftlichen Vorgang Ansprüche gewähren wolle, da der in dem Geschäft zum Ausdruck kommende Verkehrszweck eine genügende Basis für die betreffenden Ansprüche bildete: Quod quis commodasse dicetur, de eo judicium dabo; quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum sit, ad simplum, ex earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum .... judicium dabo; si certum petetur (ex rebus creditis, actionem dabo?).

Mit jener allgemeinen Fassung waren zugleich die actiones contrariae umschlossen. Darin, daß die Sache zum Gebrauch oder zur Sicherheit überlassen ist, lag von selbst die Ermächtigung, den der Sache drohenden Schaden abzuwenden und die zur Erhaltung derselben erforderlichen Aufwendungen zu machen, andernfalls der bestimmungsmäßige Gebrauch und die zweckentsprechende Verfügung vereitelt worden wäre. Ebenso ist der Depositar berechtigt, die zur Erhaltung der Sache dienlichen Maßnahmen zu treffen, da der Deponent eben durch die Hingabe zur Verwahrung zu erkennen gegeben hat, daß ihm an der Erhaltung der Sache liegt und der Depositar somit zur Fürsorge für dieselbe berufen erscheint, und, wie ein negotiorum gestor, Anspruch auf Ersatz der Verwendungen hat.

c) Auch auf quasicontractlichem Gebiet herrscht das Zweckmoment.

Seine constitutive Bedeutung zeigt sich z. B. bei der Obligation aus der Tutel und einigen Verpflichtungen im nachbarlichen und allgemeinbürgerlichen Interesse.

Die Tutel verpflichtet gemäß der bezweckten Fürsorge für das Vermögen des Mündels zur Vermögensverwaltung, Herausgabe des Vermögens und Rechnungslegung und berechtigt andererseits den Vormund zur Ersatzforderung für Aufwendungen.

Zu unentgeltlichen Gestattungen führen die Einschränkungen im nachbarlichen Interesse: interdictum de glaude legenda, de arboribus caedendis. Die Erleichterung der Rechtsverfolgung bezwecken die Exhibitions-, Editions- und Zeugniß- sowie Offenbarungspflicht.

Ferner ergeben sich Inhalt, Umfang und Charakter der gesetzlichen Alimentations-, Dotations- und Beerdigungspflicht aus ihrem Zweck. Die Alimentationspflicht bezweckt Unterstützung der dürftigen Verwandten, bei hinlänglichem Vermögen des Verpflichteten; für ihren Umfang sind neben dem Begriff der Alimente und dem zu deckenden Bedürfniß Stand und Vermögen der Betheiligten bestimmend.

Ebenso beschränkt sich die verwandtschaftliche Dotationspflicht auf das Bedürfniß und bestimmt sich ihr Umfang nach dem Vermögen des Verpflichteten und dem Stande des Ehegatten.

Der Inhalt der Beerdigungspflicht umfaßt den zur Bestattung des Leich-

nams nach dem Stande und Vermögen des Verstorbenen erforderlichen Aufwand; wo jedoch der Verpflichtete den Aufwand aus eigenen Mitteln zu bestreiten hat, ist dieser nach dem Stande seines Vermögens zu bemessen.

Aus dem Zweck begreift sich ferner vollkommen der nach heutigem Recht (Reichs-Konk.-O. §§ 22—35, Reichsgesetz v. 21. Juli 1879) unabhängig von einer fraudulosen Absicht stattfindende Anfechtsanspruch bezw. die entsprechende Rückgewährspflicht aus Rechtshandlungen, durch welche die Gläubiger benachtheiligt werden.

Man wollte hiermit ohne Rücksicht auf das Vorliegen oder die Erweislichkeit der benachtheiligenden Absicht Rechtshandlungen treffen, die erfahrungsmäßig zur Benachtheiligung der Gläubiger vorgenommen werden, ohne daß der Beweis der hierauf gerichteten Absicht mit Leichtigkeit zu erbringen wäre. Die Doluspräsumtion bildet hier nur das legislative Motiv, in Fällen dieser Art das Anfechtungsrecht bezw. die Rückgewährspflicht ohne Weiteres eintreten zu lassen, keineswegs aber darf sie zur juristischen Construction des Anspruchs verwendet und in einem präsumtiven Dolus des Betheiligten der Rechtsgrund desselben gesucht werden [1]) Der Anspruch ist vielmehr ein quasicontractlicher, kein deliktischer oder quasideliktischer. Unzutreffend ist aber auch die Analogie der condictio sine causa [2]), da es an einer an sich gültigen causa nicht fehlt. Die Anfechtungsklage ist vielmehr ein rescissorisches und restitutorisches Rechtsmittel; es soll dem anfechtenden Gläubiger gegenüber der frühere Zustand hergestellt werden. Es gilt von ihr in dieser Beziehung dasselbe, als von der Pauliana: praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset, l. 38 § 4 D. de usur. 22, 1, was nichts weniger als ein condicticisches Princip bedeutet.

Der Umfang der Rückgewährspflicht in diesem Fall fällt daher auch wesentlich zusammen mit demjenigen im Fall einer fraudulösen Absicht, insbesondere trifft den Empfänger die Gefahr, sofern er nicht beweist, daß die Sache auch ohne die Veräußerung bei dem Schuldner untergegangen wäre, und hat er auch die „gewinnbaren Früchte und Zinsen" zu erstatten, da er wissen mußte, daß er sich auf eine Rechtshandlung von zweideutigem Charakter einlasse.[3]) Die Erwägung, ob der Schuldner nicht sonst die Sache verthan haben würde, hebt den benachtheiligenden Charakter des Geschäfts nicht auf. Der dritte Erwerber haftet nach Conc.-O. § 32, Ges. v. 21. Juli 1879 nur, wenn er die Absicht des Gemeinschuldners, seine Gläubiger zu benachtheiligen, kannte. Eine analoge Ausdehnung der Verpflichtung des Dritten über diesen Fall hinaus ist bei dem positiven Charakter dieser Rechtsbestimmungen unstatthaft. Eine solche Verpflichtung ist also bei anderen Anfechtungsgründen

---

[1]) Dernb. P. § 146 Note 3 u. der von ihm citirte Cossack verkennen bei ihrer Opposition gegen die Motive den Unterschied zwischen legislativem Motiv und Rechtsgrund.

[2]) welche Dernburg a. a. O. S. 373, 375 herangezogen wissen will.

[3]) Daß „die Zurückweisung der Zahlung, Sistirung der Execution" bei Kenntniß von der Zahlungseinstellung oder des Antrags auf Concurseröffnung „Thorheit" wäre, wie Dernb. a. a. O. Note 12 meint, wüßte ich nicht, da der Dolus, d. i. die Absicht, die Mitgläubiger zu verkürzen, von einem derartigen Verfahren unzertrennlich ist.

trotz Kenntniß des Dritten nicht begründet. Der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung haftet nur in Höhe der Bereicherung.

Wegen Erstattung der Gegenleistung kann bei außerconcursmäßiger Anfechtung der Empfänger sich nur an den Schuldner halten, § 8 des Ges. v. 21. Juli 1879. Selbstverständlich liegt insoweit keine Benachtheiligung vor, als sich der Gläubiger in der Lage befindet, aus dem in das Vermögen des Schuldners gegengeleisteten Werth Befriedigung zu erlangen.

Die consecutive Bedeutung des Zweckmoments zeigt sich bei der Negotiorum Gestio, Gemeinschaft und den Rückforderungsrechten.

Aus dem Begriff und Wesen der Negotiorum Gestio folgt, daß der Gestor das unternommene Geschäft vollständig durchführen, das durch die Geschäftsführung Erlangte dem Geschäftsherrn ausantworten, auch Rechenschaft über die Geschäftsführung ablegen muß. Im Begriff der Negotiorum Gestio, daß ein fremdes Geschäft ohne Auftrag besorgt wird, liegt als inneres Moment von selbst eine darauf gerichtete Absicht des Gestors. Eine wahre Negotiorum Gestio ist daher allein die sog. „stellvertretende, die auf fremde Rechnung geschehene, wogegen die Fälle, wo Jemand fremde Geschäfte für sich, auf eigene Rechnung unternommen hat, sei es wissentlich (sui lucri causa) oder irrthümlich, d. i. in der Meinung, daß das Geschäft sein eigenes sei, den Begriff derselben nicht erfüllen.

Wenn nun trotzdem nach zweifellosen Quellenaussprüchen auch in diesen Fällen actiones negotiorum gestorum Platz greifen sollen (l. 5 § 5 D., l. 48 D de neg. g. 3, 5), so fragt sich, wie ist dieses zu erklären.

Hiebei ist daran zu erinnern, daß auf dem Gebiet der bonae fidei actiones auch anderweit Fälle begegnen, in denen die Geschäftsklage gegeben wird, obwohl ein gültiges Geschäft oder doch der volle Thatbestand eines solchen nicht vorliegt. Dies hat auch seinen guten Grund. Denn wenn einmal der bona fides ein bestimmtes Geschäftsgebiet unterstellt ist, so muß sie sich äußern nicht bloß, wenn die einschlägigen geschäftlichen Vorgänge die Bestandtheile des betreffenden Geschäfts darstellen, sondern auch, wenn sie dieses Geschäft nicht darstellen, aber doch anderweite Ansprüche begründen, z. B. auf Schadensersatz oder Herausgabe der Bereicherung. Es handelt sich hiebei im Grunde nur um eine Anwendung des Conversionsprincips, und hat die Ausdehnung der Geschäftsklage auf jene residuären Ansprüche nichts Befremdliches. So wird mittelst der Kaufklage trotz Nichtigkeit des Kaufs der Anspruch auf Schadensersatz wegen culpa in contrahendo geltend gemacht, l. 62 § 1 D. de c. emt. 18, 1: licet emtio non teneat, ex emto tamen adversus renditorem ex perietur, ut consequatur, quod interfuit ejus, ne deciperetur (Modestin.), ebenso der Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung, l. 8, 9 D. de hered. vend. 18, 4: si nulla est (hereditas) de qua actum videtur pretium duntaxat et si quid in eam rem impensum est, emtor a venditore consequatur l. 9: et si quid emtoris interest. Die Geltendmachung der culpa in contrahendo mittelst der Contractsklage erklärt sich einfach daraus, daß die für ein gewisses Geschäftsgebiet gegebene Klage alle in dasselbe fallenden Vorgänge und Ansprüche umfaßt, ohne Rück-

sicht darauf, ob das bezweckte Geschäft selbst gültig zu Stande gekommen ist oder nicht.

Die Klage kann auch Platz greifen, wenn nach Erschöpfung der Contractsansprüche sich subsidiäre Ansprüche ergeben, z. B. aus der Bereicherung. Hieher gehört der Fall der l. 74 § 1 D. de evict. 21, 2: Si jussu judicis rei judicatae pignus captum per officium distrahatur, post evincatur: ex empto contra eum, qui pretio liberatus est, non quanti interest, sed de pretio duntaxat ejusque usuris, habita ratione fructuum, dabitur, scilicet si hos ei, qui evicit, restituere non habebat necesse (Hermog.).

Der Verkauf der abgepfändeten Sache gilt als für Rechnung des Zwangsschuldners geschehen, jedoch unter stillschweigendem Ausschluß der Evictionshaftung. Für den Fall der Eviction konnte jedoch der Schuldner auf der Höhe der Bereicherung, d. i. zum Ersatz des Kaufpreises mittelst der actio ex empto belangt werden, obschon die Contractsansprüche selbst erschöpft sind.

Für das heutige Recht hat es keinen Sinn, neben der Bereicherungsklage (condictio) noch die Geschäftsklage (act. neg. gest.) zuzulassen. Mit Recht setzt daher der Entwurf d. bürg. G. B. f. das Deutsche R. § 761 Nr. 1 für den Fall, daß Jemand ein fremdes Geschäft als sein eigenes führt, die Grundsätze der Geschäftsführung außer Anwendung und giebt nur den Anspruch aus der Bereicherung, unbeschadet der etwa sonst begründeten Haftung aus unerlaubter Handlung. Ebenso läßt der E. consequent für den Fall, daß Jemand ein fremdes Geschäft in rechtswidriger Absicht als eigenes behandelt hat, es bei dem Anspruch aus der unerlaubten Handlung bewenden, während das römische Recht in diesem Falle zur Strafe des dolus den unredlichen Gerenten nach den Grundsätzen der neg. g., den Geschäftsherrn aber nur nach Maßgabe der Bereicherung haften ließ.[1]) Der modernen Rechtsauffassung ist diese den Dolus direkt nullificirende Tendenz fremd. Für die actio contraria gilt der Satz, daß der Geschäftsführer Ersatz seiner Aufwendungen beanspruchen kann, sofern das Geschäft utiliter gestum, d. i. das ausgeführte Geschäft zweckmäßig war. Die Zweckmäßigkeit (utilitas) ist nicht abstract, sondern nach den concreten Umständen zu bestimmen und überhaupt nach freiem richterlichen Ermessen zu beurtheilen. Zweckmäßig sind jedenfalls Maßnahmen, die nach der Auffassung des Lebens als nothwendig erscheinen (res necessariae). Dies ist so zu verstehen, daß das Geschäft in seinem Gesammtresultat und nicht bloß in einer gewissen Beziehung als nothwendig erscheint. Nothwendig ist z. B. noch nicht unbedingt und schlechthin jedes auf Erhaltung eines einzelnen Vermögensstückes abzielende Geschäft, vielmehr kommt es darauf an, ob die Aufwendung zu dem Werthe des zu erhaltenden Gegenstands in dem richtigen Verhältniß steht und nicht unnöthigerweise den Geschäftsherrn belasten würde. Allein auch dieser Gesichtspunkt gestattet keine schroffe Durchführung. Unter Umständen kann eine Maßnahme ohne jeden wirthschaftlichen Werth gerechtfertigt sein, z. B. aus

[1]) In beiden Fällen wurden actiones neg. g. gegeben: l. 6 § 3 D. de neg. g. 3, 5.

Ein Fall der ersteren Art liegt vor, wenn Jemand einem Anderen den Auftrag giebt, ein Darlehen aufzunehmen, und ein Dritter in Kenntniß dieses Auftrags (secutus domini voluntatem l. 6 C. de inst. 4, 25, ejus literas secutus l. 31 pr. D. de neg. g. 3, 5) das Darlehen hergegeben hat. Der Dritte erlangt hieraus gegen den Geschäftsherrn ad exemplum institoriae actionis einen Darlehensanspruch, kann diesen aber, weil der Vorgang in seiner Totalität in den Bereich der neg. gestio fällt, auch mittelst der act. neg. g geltend machen: dabitur in illum neg. gestor. actio creditori vel fidejussori, scilicet ad exemplum institoriae actionis l. 31 pr. D. de neg. g. 3, 5. Aehnlich kommt der quasiinstitorische Anspruch in Form der actio empti vend. zur Geltung in dem Fall der l. 13 § 25 D. act. empti 19, 1: Si procurator vendiderit et caverit emptori .... Papinianus lib. 3 resp. putat, cum domino ex empto agi posse utili actione ad exemplum institoriae actionis, si modo rem vendendam mandavit: ergo et per contrarium dicendum est, utilem ex empto actionem domino competere cfr. l. 19 pr. D. de inst. act. 14, 3, l. 10 § 5 D. mand. 17, 1.

Ueber die Bedeutung der nachträglichen Genehmigung, Ratihabition herrschte unter den römischen Juristen Streit. Von dem Falle aus, daß kein utiliter gestum, sondern ein male gestum vorlag, kam man zu der Erwägung, daß, wo in Wahrheit eine actio negotiorum gestor. nicht begründet war, eine solche auch nicht durch die bloße Thatsache der Ratihabitio entstehen könne, vielmehr hier die Rechts-Verbindlichkeit der Gestio auf einem mandatsähnlichen Grunde beruhe, und war man geneigt, eine actio mandati utilis anzunehmen, indem man keinen wesentlichen Unterschied darin fand, ob das Einverständniß mit der Gestio vorher oder nachträglich erklärt worden war. Von diesem Standpunkt erklärt sich der Ausspruch Ulpian's in l. 60 D. de R. J. 50, 17: sed et si quis ratum habuerit quod gestum est, obstringitur mandati actione und l. 12 § 4 D. de sol. 46, 3: ratienim habitio mandato comparatur. Diese Auffassung erscheint als die consequentere und in der klassischen Zeit als die herrschende.[1]) Aeltere Juristen (insbesondere Scävola) vertraten den formalen Standpunkt, daß in der Ratihabitio jedenfalls ein Anerkenntniß der Gestio als ein utiliter gestum liege und dieses Anerkenntniß nicht widerrufen werden könne und deßhalb die neg. gest. actio um so mehr Platz greifen müsse, als ein wirkliches Mandat nicht vorliege (utique mandatum non est) und der Gestor wie der Dominus, wenn man ihnen die Geschäftsführungsklage versage, kein Rechtsmittel haben würden, um zu dem Ihrigen zu kommen, l. 9 D. de neg. g. 3, 5. Die äußerste Consequenz dieser Ansicht war, daß die act. neg. gest. bis zur Ratihabitio eigentlich in pendenti sei: videndum ergo ne in dubio hoc, an ratum habeam, actio neg. g. pendeat.

---

[1]) Das Gegenargument Dernburg's P. § 122 Note 20: „Was neg. gestio war, bleibt solche", trifft gerade für den vorausgesetzten Fall eines negotium male gestum l. 9 D. de neg. g. 3, 5 nicht zu. Ebensowenig rechtfertigt es sich, in l. 50 cit. eine Ratihabitio für die Vergangenheit und ein stillschweigendes Mandiren für die Zukunft zu supponiren.

Beide Standpunkte lassen sich vertheidigen und können nebeneinander bestehen. Die verbindliche Kraft der Ratihabitio beweist aber Nichts für die Zurückführung des Princips der neg. g. auf den erweislichen oder präsumtiven Willen des Geschäftsherrn. Sie beruht ebenso wie die Geschäftsführung in Gemäßheit einer erweislichen Absicht des Geschäftsherrn auf einem ganz selbständigen Gedanken.

Die Verpflichtungen aus der Gemeinschaft (communio) sind societätsähnliche. Die Gemeinschaft zu ideellen Theilen zielt auf eine vorzunehmende Realtheilung. Denn in dem ideellen Theil: in der Quote steckt das Quantum, die Beziehung auf einen entsprechenden Theil der in der Sache sich darstellenden Quantität. Gegenstand der ideellen Theilung ist die Sache als Quantität, d. i. die Sache, insofern sie sich quantitativ: d. i. nach Zahl, Maß und Gewicht darstellen läßt, direkt oder indirekt durch Umsetzung in ein Geldäquivalent.[1]) Die Intellektualtheilung versteht sich mit realer Ungetheiltheit nicht bloß des Objects, sondern auch des Rechts und beruht auf der Möglichkeit mehrfacher subjectiver Beziehung des ungetheilten Rechts.[2])

Die dereinstige Auftheilung ist das letzte Ziel der Gemeinschaft und wird durch die Theilungsklage (act. comm. dividundo) bewirkt. Diese hat eine gemischte Natur, d. h. sie ist ihrem Grund und Charakter nach theils sachenrechtlicher, theils obligatorischer Natur.[3]) Die Realisirung der Theilansprüche geschieht durch Legen und Zusprechen realer Theile, Zuschlag der ganzen Sache an den einen Gemeinschafter unter Abfindung des anderen durch ein Geldäquivalent, Verkauf (Licitation) der Sache und Theilung des Erlöses, Versteigerung unter den Genossen selbst oder in sonstiger den Umständen entsprechender Weise. Die Vollziehung der Theilung und die darauf bezüglichen Leistungen und Duldungen der einzelnen Genossen sind nicht Gegenstand einer Obligation[4]), sondern haben einen ähnlichen Charakter wie die Restitutionspflicht bei der Vindikation, weßhalb sich von der act. comm. div. ebenso wie von der act. fin. reg. sagen läßt: pro vindicatione rei est, l. 1 D. fin. reg. 10, 1.

Obligatorischen Charakter hat die Theilungsklage nur bezüglich der Verwendungsansprüche, praestationes personales, welche nach Art der actio pro socio behandelt werden, cfr. l. 1 D. comm. div. 10, 3. l. 29 D. eod. l. 25 § 16 D. fam. erc. 10, 2.

Der Entwurf des b. G. §§ 762—773 behandelt sowohl die dingliche

---

[1]) S. oben S. 96, 124.

[2]) vergl. Steinlechner, Juris communio II S. 248, der ohne Grund hierin einen circulus vitiosus sieht!

[3]) § 20 J. de act. 4, 6: quaedam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam, qualis est fam. erc., item comm. div. item fin. reg. Der Gegensatz zwischen act. in rem. — und in personam im Sinne dieser Stelle (cfr. pr. eod.) deckt sich aber mit den dinglichen Klagen und den Klagen aus Obligationen!

[4]) wie Eck, doppels. Kl. S. 100 glaubt. Verfehlt ist auch der Gesichtspunkt des re obligari, den Steinlechner a. a. O. II S. 146 vertritt.

als obligatorische Seite des Gemeinschaftsverhältnisses. Im Sinne desselben ist der „Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft" §§ 767, 768 als dinglicher aufzufassen.

Ebensowenig wie bei dem Anspruch auf Theilung eine Obligation auf Vollziehung eines Tauschvertrages[1]), kann bei der Expropriation eine quasicontractliche Verpflichtung zur Ueberlassung der zu enteignenden Sache zu einem durch besonderes Verfahren zu bestimmenden Preise angenommen werden. Vielmehr erscheint das Expropriationsverfahren in seiner Totalität als ein auf gesetzlicher Basis durch Vermittelung der Verwaltungsinstanzen zu Stande kommendes Ueberlassungsgeschäft von quasicontractlichem Charakter.

Quasicontractliche auf unentgeltliche Gestattung gerichtete Verpflichtungen sind die Einschränkungen im nachbarlichen Interesse: Interdictum de glande legenda, de arboribus caerendis. Zur Erleichterung der Rechtsverfolgung dienen die Exhibitions- und Offenbarungspflicht, Entw. §§ 774 bis 777.

Die Consecutive Wirkung des Zweckmoments auf quasicontractlichem Gebiet zeigt sich endlich in den gesetzlichen Rückforderungsrechten (condictiones), da sie entweder auf mangelnder Zweckerfüllung oder auf Unerlaubtheit und Verwerflichkeit des Zweckes beruhen.[2])

d) Die constitutive und charakterisirende Bedeutung des Zweckmoments äußert sich hinwieder in den Strafklagen (actiones poenales). Weder der Gegenstand noch der pecuniäre Erfolg dieser Klagen macht ihre Eigenthümlichkeit aus. Der Gegenstand: meist Zahlung einer bestimmten Summe Geldes ist ihnen gemeinsam mit vielen Contractsklagen. Der Umstand, daß sie das Vermögen des obsiegenden Klägers bereichern, während die reipersecutorischen Klagen nur den früheren Vermögensstand wiederherstellen, scheidet die Pönalklagen nicht von Schenkungsversprechen und Legat. Auch der Umstand, daß die Strafklage aus einem Delikt entspringt, reicht nicht zur Charakterisirung aus, da dies auch von bloßen Entschädigungsansprüchen gilt. Charakteristisch ist allein der Strafzweck.

Der Begriff der Strafe aber schließt eine Causalbeziehung in sich, wie der Begriff der Vergeltung überhaupt: Strafe ist die Verhängung eines Uebels zur Sühne für begangenes Unrecht. Das Strafübel liegt nach römischer Auffassung aber nicht schon in der Auferlegung der Verpflichtung zur Zahlung der Strafsumme, sondern in dem Vollzuge derselben: in der thatsächlichen Minderung des Vermögens des Thäters um den Betrag der Strafsumme. Deßhalb kam das Civilrecht zu dem Satz (civilis constitutio): poenalibus actionibus heredes non teneri, nec caeteros quidem successores, l. 1 pr. D. de priv. del. 47, 1. Der Erbe haftet nur, soweit er aus dem Delikt des Erblassers reicher ist, und zwar dies ohne Rücksicht darauf,

[1]) Dagegen auch: Bekker, Aktionen I S. 364—368, Hartmann, Oblig. S. 143.
[2]) s. oben S. 308—311.

ob und inwieweit die gegen den Erblasser begründete Klage eine mere poenalis oder mixta ist.[1])

Die heutige Auffassung[2]) nimmt keinen Anstoß daran, Geldstrafen in den Nachlaß zu vollstrecken, aus der Auffassung heraus, daß schon die Verstrickung des Vermögens mit der Strafobligation ein Strafübel darstellt.[3])

Aus dem Wesen der Strafe folgt ferner, daß von mehreren Delinquenten jeder die Strafsumme voll und ganz zu erlegen hat — eine Consequenz, die von altersher, insbesondere bei der Aquilia und dem furtum anerkannt war.[4]) Diese Auffassung wurde auch noch in der Kaiserzeit festgehalten.[5])

---

[1]) l. 5 pr. D. de calumn. 3, 6: est constitutum: turpia lucra heredibus quoque extorquari, licet crimina extinguantur, l. 4 § 2 D. de incendio 47, 9. Unrichtig will Savigny, V S. 46, e, diese Auskehrung des lucrum turpe nur auf den Fall einer actio mixta beschränken.

[2]) § 30 des Strafgesetzbuchs für das deutsche Reich.

[3]) Der Umstand allein, daß die rechtskräftige Verurtheilung zu einer Geldstrafe ein Forderungsrecht begründet, rechtfertigt noch nicht die Vollstreckbarkeit gegen die Erben, da auch die zweiseitigen Strafklagen wirkliche Forderungsrechte, aber trotzdem nicht passiv vererblich sind.

[4]) 51 in f. D. ad l. Aq. 9, 2 l. 55 § 1 D. de adm. 26, 7: nam in aliis furibus l. 1 C. de cond. furt. 4, 8.

[5]) l. 5 D. de nox. act. 9, 4 (Ulp.) si plurium servus deliquerit, si omnibus scientibus, quivis eorum tenebitur, detracta noxae detitione, quemadmodum si plures deliquissent; nec altero convento alter liberabitur. Wenn Dernburg P. II S. 189 meint, daß man im Allgemeinen (?) „seit Ende der Republik mildere Wege einschlug“, so ist dies für die (zweiseitigen) Strafklagen ebenso unrichtig, als für die Schadensklage die Meinung desselben Schriftstellers, daß „in der älteren Zeit“ mehre Delinquenten kumulativ Ersatz zu leisten gehabt hätten. Daß, wie der Genannte ferner meint, Labeo beim interdictum quod vi aut clam bei gemeinsam verübten Schaden die Analogie der Korrealobligation angewendet und „gesammtzerstörliche“ Wirkung der Litiscontestat angenommen hätte, wogegen, wenn die mehren Delinquenten selbständig gehandelt, sie kumulativ den Schadensersatz zu leisten gehabt hätten, beruht auf völligem Mißverständniß der bekannten l. 15 § 2 D. quod vi aut clam 43, 24 (Ulp.). Diese Stelle, welche bereits Ribbentrop, C. O. S. 105, im Wesentlichen richtig erklärt hat, besagt einfach, daß: Wenn Mehre gemeinsam auf ein fremdes Grabmal haben Erde schütten lassen, solidarische Haftung eintrete und dem Verletzten freistehe, Einen von ihnen statt Aller oder sie sämmtlich in Anspruch zu nehmen, daß dagegen, wenn jeder selbständig gehandelt (z. B. A eine Fuhre, B 2 Fuhren u. s. w. hat abladen lassen), er sie sämmtlich belangen müsse, um zu seinem Schaden zu kommen: et si communi consilio plurium id factum sit, licere vel cum uno vel cum singulis experiri . opus enim, quod a pluribus pro indiviso factum est, singulos in solidum obligare. si tamen proprio quis eorum consilio hoc fecerit, cum omnibus esse agendum, scilicet in solidum. Wenn nun die Stelle fortfährt: itaque alter conventus alterum non liberabit, quin imo perceptio ab altero: superiore etenim casu alterius conventio alterum liberat, so kann das nur heißen, daß in dem letzteren Falle die Belangung, ja sogar die Zahlung des Einen die Uebrigen nicht befreit, wogegen im ersteren Falle die Belangung und Zahlung des Einen die Anderen befreit.

Kein röm. Jurist konnte anders entscheiden!

Die Worte: alterius conventio sind, wie öfters von einer conventio effectualis zu verstehen, z. B. wie in l. 3 D. de his qui eff. 9, 3: et quidem in solidum. Sed, si cum uno fuerit actum, caeteri liberantur l. 4 perceptione, non litis contestatione,

Mit dem Strafzweck kann aber der Ersatzzweck combinirt werden und hier kommt es darauf an, welcher dieser Zwecke als der überwiegende anzusehen ist. Hierüber entscheidet in jedem Falle die ratio legis, und wird dieser Punkt denn auch bei den einzelnen Delictsklagen von den röm. Juristen ventilirt. Hiebei wird neben dem unzweifelhaften Pönalcharakter der fraglichen Klagen auch der Ersatzzweck als mitbestimmend anerkannt, und zwar in der Art, daß aus ersterem die passive Unvererblichkeit, aus letzterem hingegen die active Vererblichkeit sowie bei mehren Delinquenten deren Befreiung durch einmalige Leistung hergeleitet wird. So in l. 4 § 5 D. de al. jud 4, 7: haec actio in id, quod interest, competit. § 6 haec actio non est poenalis, d. h. sie ist nicht wesentlich und ausschließlich Strafklage, sed rei persecutionem arbitrio judicis continet: quare et heredi dabitur: in heredem aut l. 5 (Paul.): vel similem l. 6 (Ulp.) vel post annum non dabitur l. 7 (Gajus) quia pertinet quidem ad rei persecutionem, videtur autem ex delicto dari, d. h. sie ist ursprünglich Strafklage.

Zur Erklärung des combinirten Erfolgs der Klage werden hier die Aussprüche verschiedener Juristen herangezogen. Ebenso ist die Erörterung der Vererblichkeit in l. 9 § D. (Ulpian.) de reb. auct. jud. 42, 5: actio in eum ex dolo datur, quae neque post annum neque in heredes ceterosque successores dabitur, cum ex delicto oriatur prenaeque nomine concipiatur l. 10 (Paulus): nisi quatenus ad eum pervenit, l. 11 (Ulpianus): heredi autem dabitur quia et rei continet persecutionem. Hienach scheint die passive Unvererblichkeit sich erst nach Ueberwindung einer entgegengesetzten Ansicht festgestellt zu haben.

Die Bezeichnung der l. 4 § 6 cit.: haec actio non est poenalis versteht sich in Beziehung auf die Activseite im Gegensatz zu einer actio, quae vindictam continet.

Aus dem Ersatzwerk folgt, daß durch einmalige Leistung des Interesse sämmtliche Theilnehmer frei werden: sed si unus praestiterit p o e n a m, caeteri liberantur cum n i h i l i n t e r s i t, l. 1 § 4 D. de eo per quem 2, 10. Die Combination von Strafe (poena) und Ersatz (id quod interest) kann nicht schärfer hervortreten, als in dieser Stelle geschieht.[1]) Die hieher gehörigen

---

cfr. l. 11 § 2 D. ad l. Aq. 9, 2: et si cum uno agatur, caeteri non liberantur. nam quod alius praestitit, alium non relevat, cum sit poena. Daß an eine conventio effect. zu denken ist, wird, wie gegen B e k k e r Akt. I S. 179 Note 40 bemerkt werden muß, gerade dadurch nahe gelegt, daß auch in dem unmittelbar vorher behandelten Falle die Belangung als erfolgreiche (quinimo perceptio ab altero) gesetzt wird. Für die abwegige Lehre, daß processualische Consumption auch inter diversas personas wenigstens früher einmal in Folge ungeklärter Auffassung des Begriffs der eadem res gerade auf dem Gebiet der Solidarobligationen angenommen worden sei, kann die Stelle nicht verwerthet werden!

[1]) vgl. die zahlreichen Citate bei R i b b e n t r o p S. 94. v. S a v i g n y V S. 41 nennt diese Klagen: einseitige Strafklagen, d. h. solche, die nur für den Bekl. die Strafnatur haben. Nicht ganz zutreffend, da bei vorwiegender Strafnatur von mehren Delinquenten jeder die ganze Strafe zahlen müßte! Zur gehörigen Abgrenzung beider Classen von Klagen muß daher das E r s a t z m o m e n t herangezogen werden.

Klagen bilden die Fälle der eigentlichen Solidarobligationen, wogegen in den Fällen, wo jeder von mehren Delinquenten die volle Strafsumme zu zahlen hat, nicht Identität, sondern nur Gleichheit des Objects und also keine eigentliche Solidarobligation vorliegt.

Specifische (materielle) und absolute (formelle) Obligationen.

Die bisher erörterten Obligationsfälle bezogen sich auf bestimmte Geschäfts- oder Rechtszwecke, aus denen sie ihren charakteristischen und specifischen Inhalt empfingen Man kann sie daher materielle oder richtiger: specifische Obligationen nennen.

Es kann nun aber im Interesse der Vereinfachung und Erleichterung des Rechtsverkehrs und der Rechtsverfolgung liegen, daß bei dem Inhalt der Obligationen von den zu Grunde liegenden Zwecken abgesehen und das Forderungsrecht unabhängig von denselben gestellt und verselbständigt wird. Die zu Grunde liegenden Zwecke können sehr verschieden sein, insbesondere kann es sich um die Verstärkung und Feststellung bereits anderweit begründeter Ansprüche[1]) oder um Begründung neuer Ansprüche[2]) handeln, ohne daß dies einen wesentlichen Unterschied macht. Charakteristisch ist vielmehr lediglich die Abstraction von der materiellen causa. Nach römischem Recht dienten hiezu die Formalcontracte: Verbal- und Literalcontracte.

Für die daraus hervorgehenden Ansprüche war lediglich der Inhalt des Formalgeschäfts maßgebend. Die zu Grunde liegenden materiellen Zwecke, sowie die etwaigen Vorverhandlungen konnten jedoch zur Interpretation herangezogen werden.[3]) Bei aller Freiheit der Interpretation mußte jedoch für die zuzuerkennenden Ansprüche in dem Wortlaut des Contracts irgend ein Anhalt geboten sein.

Ebenso durfte auf das zu Grunde liegende Sachverhältniß zur Begründung von Exceptionen, insbesondere der exceptio doli zurückgegangen werden.

Ueberdies konnte der Formalcontract durch Hinzufügung der doli clausula und Stellung auf bona fides einen freieren Inhalt erhalten.

Man kann die aus den Formalcontracten entspringenden Obligationen als abstracte oder absolute Obligationen bezeichnen.

Die abstracte Natur dieser Obligationen zeigt auch äußerlich daran, daß in dem Namen der bezüglichen Klagen: condictio certi, triticaria, condictio in certi die zu Grunde liegende causa nicht zum Ausdruck kam.

---

[1]) obligationum confirmandarum gratia, Paul. Rec. Sent. V, VII § 1 l. 5 pr. D. de V. O. 45, 1. pendent ex negotio contracto.

[2]) Ueber ältere Ansichten vgl. Liebe, Stipulation, S. 68 flgb.

[3]) So z. B. bei der cautio damni infecti l. 43 D. de damn. inf. 39, 2: quod in stipulatione est: sive quid ibi ruet, non videri sibi ruere, quod aut vento aut omnino aliqua vi extrinsecus mota caderet, sed quod ipsum per se conciderit.

l. 41 pr. D. de v. obl. 45, 1: eum, qui calendis Januariis stipulatur, is si non addat, quibus Januariis, facti quaestionem inducere, quid forte senserit: hoc est, quid inter eos actum sit.

Zusammengesetzte Schuldverhältnisse

können durch Concurrenz

mehrer Subjecte,

mehrer Objecte,

und mehrer Zweckbeziehungen

entstehen. Auf der Concurrenz mehrer Subjecte beruhen die bereits oben mit ihren Zwecken erörterten: Theilschuld- und Gesammtschuldverhältnisse: Correal-, Solidarobligationen und accessorische Solidarität.

Die accessorischen Obligationen entstehen durch adstipulatio, adpromissio und adjecticia qualitas. Die adstipulatio ersetzte im älteren Recht die Möglichkeit der Stellvertretung Zwecks Einziehung der Forderung und behielt, nachdem das spätere Recht diese Möglichkeit gewährte, nur noch Bedeutung für die Geltendmachung der Stipulatio post mortem dari, bis sie sich im justinianischen Recht in Folge der Klagbarkeit einer solchen Stipulation durch die Erben des Stipulators auch in dieser Anwendung erübrigte. Die adjecticia qualitas bezweckte die Ueberleitung der Verpflichtung von der verpflichteten Mittelsperson auf den Principal (actio exercitoria, institoria, quod jussu, de peculio, de in rem verso), indem der Letztere kraft prätorischen Rechts zur Erfüllung der von der Ersteren eingegangenen Verbindlichkeit verpflichtet wurde.

Die adpromissio in ihren verschiedenen Formen (fidesponsio, fidepromissio, fidejussio) bezweckt Sicherung des Gläubigers durch den Eintritt anderer Personen neben dem Hauptverpflichteten bezw. (bei fidesponsio und fidepromissio) sogar an Stelle des nicht gültig verpflichteten Hauptpromittenten. In letzterer Anwendung geht sie über den Begriff der Accession hinaus. Sie fällt überhaupt mit allen ihren Anwendungen unter den Begriff der Intercession, indem dieser nicht bloß die Erstreckung eines in einer Person bestehenden Schuldverhältnisses auf andere Personen, sondern schon jedes irgendwie geartete Eintreten für die Schuldangelegenheit eines Anderen umfaßt, mag dieser verpflichtet sein oder nicht (intercessio tacita) und im ersteren Fall, mag seine Verpflichtung fortdauern oder nicht (privative Intercession). Als reine Accessionsfälle bleiben daher nur die adstipulatio und die actiones adjecticiae qualitatis übrig.

Zur Feststellung und Verstärkung einer Obligation, ohne zu dieser in ein Accessionsverhältniß zu treten, dient der Anerkennungsvertrag (constitutum debiti proprii, constitutum debiti aliem), sowie der Vergleich (transactio).

Nach diesem Abriß der wichtigsten Obligationsfälle erscheint der Zweck durchgreifend als gestaltendes und bildendes Princip; er bestimmt die Obligationen nach Art, Charakter und Individualität.

Das durch eine Aeußerung des subjectiven oder objectiven Rechtswillens gesetzte Stück der allgemeinen Rechtssubstanz formt sich unter dem Zweck zu einem individuellen, bestimmt charakterisirten Rechtskörper. Denkt man die Zwecke hinweg, so würde das Obligationenrecht in eine farb- und charakter-

lose, gleichförmige Masse von Leistungspflichten auseinanderfallen, an denen Merkmale innerer Verschiedenheiten nicht auffindbar wären. Denn die sonstigen Obligationsmomente: Begründung der Verpflichtung durch den subjectiven oder objectiven Willen (Vertrag — Gesetz), sowie: das Object nach seiner physischen oder rechtlichen Beschaffenheit: Sache, Sachvortheil oder Thätigkeit und Unterlassung (dare, facere, praestare) haben keine charakteristische Bedeutung, da einerseits die vertragsmäßige wie die gesetzliche Verpflichtung gleichen Inhalt haben und andererseits trotz der Gleichheit des Objects der Obligationscharakter ein sehr verschiedener sein kann.

Das Zweckmoment genügt jedoch dem praktischen Bedürfniß für die Gestaltung und nähere Ausprägung des Obligationsinhalts nicht. Hier greift ergänzend ein:

§ 71. Das modale Princip.

Daß die Obligation auf Nichts Unmögliches, Rechtswidriges, Unerlaubtes und Unsittliches gerichtet sein darf, ist hier nicht zu erörtern, da dies schon aus der Begrenzung der privatrechtlichen Rechtssphäre überhaupt folgt.[1]) Es kommt vielmehr hier darauf an, das Obligationenrecht in seiner praktischen Erscheinung zu begreifen und auf die bewegenden Principien zurückzuführen.

Das römische Obligationenrecht dreht sich um den

Gegensatz von strictum jus und bona fides.

In diesem drückt sich der zweifache Maßstab aus, der bei Bestimmung des Obligationsinhalts in Betracht kommen kann. Jus strictum ist das strenge Festhalten an dem ausgedrückten Willensinhalt, also bei der Rechtsanwendung: das genaue Stehenbleiben bei der vom Gesetz getroffenen Festsetzung unter Ausschluß von Analogie und Consequenz, subtilitas juris, rigor juris, bei Rechtsgeschäften: die Anerkennung von Rechtswirkungen nur nach Maßgabe der Parteierklärung.

Die strikte Festsetzung der Ansprüche ist jedoch auf dem vielgestaltigen Gebiet des Verkehrs oft nicht durchführbar, da einmal nicht für alle möglichen Zwischenfälle Vorsorge getroffen werden kann, dann aber auch das Bestreben, das Geschäft in allen Einzelheiten zu regeln, sehr leicht zu Mißgriffen führt und jedenfalls den Verkehr erschwert.

Die Unzulänglichkeit und Nutzlosigkeit derartiger Versuche mußte zunächst auf den Gedanken führen, die genaue Formulirung der einzelnen Ansprüche durch die generelle Bezugnahme auf die Geschäftscausa zu ersetzen und die Festsetzung der daraus folgenden Rechte und Pflichten dem richter-

---

[1]) Derartiges gilt vorweg nicht als juristisch möglich: l. 15 D. de cond. inst. 28, 7: quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et ut generaliter dixerim contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est (Papinianus) l. 14 eod.

lichen Arbitrium zu überweisen. Hiezu kommt, daß die ausschließliche Betonung des Zweckmoments nicht frei von Einseitigkeit ist, insofern die unbedingte und ausnahmelose Geltung der aus dem Zweck abgeleiteten Ansprüche unter Umständen mit den Anforderungen von Recht und Billigkeit in Conflikt gerathen kann, ferner aber auch die Deduction aus dem bloßen Zweck nicht durchweg den Absichten und Erwartungen der Parteien genügt, weil die Verkehrsgewöhnung oft über das durch den Zweck Gebotene hinausgeht, und z. B. Erweiterung, Sicherung und Verstärkung des Zweckinhalts verlangt, endlich auch die Durchführung des bezweckten Obligationsinhalts durch mancherlei Ereignisse, verschuldete und unverschuldete Unmöglichkeit gestört werden kann und bei der so veränderten Sachlage eine anderweite Normirung des Rechts- und Pflichtverhältnisses geboten wird, wie auch insbesondere bei gegenseitigen Obligationen die incongruente Erfüllung von der einen oder anderen Seite gewisse Restrictionen der Zweckfolgen nöthig machen kann. Alle diese Erwägungen treffen in dem einen Punkte zusammen: daß die sachgemäße erschöpfende Regelung gewisser Obligationsverhältnisse nicht durch im Voraus getroffene starre, unbeugsame Vertragsbestimmungen erreicht werden kann, sondern nur unter Berücksichtigung der jeweiligen Sachlage nach den Grundsätzen von Treu und Glauben und danach (ex bona fide) zu treffende Festsetzungen erfolgen kann. Die Parteien sind nicht dazu im Stande. Denn das Princip von Treu und Glauben läßt sich nicht mit mathematischer Exactheit handhaben, sondern schließt ein freies, subjectives Gebiet in sich, so daß trotz beiderseitigen guten Willens immerhin gewisse Differenzpunkte übrig bleiben würden, die endgültig nur durch den Ausspruch eines Dritten geschlichtet werden können. Es entspricht daher der Natur derartiger Verhältnisse, die Entscheidung in die Hand des Richters zu legen und die endgültige Feststellung des Rechtsverhältnisses seinem billigen Ermessen (boni viri arbitratus) anzuvertrauen. Hierauf beruht der Gegensatz zwischen judicium und arbitrium. Derselbe äußert sich processualisch dahin: daß auf dem Gebiet des strictum jus die Thätigkeit des Richters eine gebundene, genau auf die durch Vertrag oder Gesetz getroffene Festsetzung beschränkt ist, während auf dem von der bona fides beherrschten Gebiet dem richterlichen Urtheil freier Spielraum gewährt ist[2]), wodurch es möglich wird, der biegsamen Natur der zu Grunde liegenden Verhältnisse zu folgen und an die beiderseitigen Ansprüche der unter ihnen bestehenden Wechselbeziehung gemäß bald erweiternd, bald mindernd heranzutreten.[3])

---

[1]) Das jus strictum setzt nicht bloß ein directum (d. i. ausdrückliche Festsetzung), sondern auch ein asperum und simplex, d. i. strenge Einseitigkeit des Anspruchs, voraus. (cfr. Cic. pro Rosc. Com. c. 5.)

[2]) v. Savigny, Syst. 5 Beil. XIII.

[3]) Cic. l. c.: Quid est in arbitrio? mite, moderatum, quantum aequius et melius. Seneca de benef. 3, 7: illum (sc. judicem) formula includit et certos, quos non excedat, terminos ponit; hujus (sc. arbitri) libera et nulla adstricta vinculis religio et detrahere aliquid potest et adjicere.

Das Resultat also ist: Lediglich das praktische Bedürfniß hat bei den Römern dahin geführt, bei gewissen Rechts- und Vertragsverhältnissen von einer strikten, festen Formulirung der Ansprüche abzusehen und vielmehr deren endgültige Festsetzung dem boni viri arbitratus, dem billigen Ermessen des Richters anheimzugeben.

Es ist gewiß keine allzu gewagte Hypothese, daß ursprünglich die Parteien die bezüglichen Vertragsverhältnisse durch besondere Klauseln dem boni viri arbitratus unterwarfen. Hierauf lassen sich sehr gut beziehen die Formeln: uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siam? ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione. Diese Formeln verstehen sich am einfachsten als Vertragsklauseln, durch welche die Parteien sich zu redlichem Verhalten gegeneinander anheischig machten und ihre Ansprüche unter die Grundsätze von Rechtschaffenheit und Redlichkeit, Treu und Glauben stellten. Aus den Verträgen mögen dieselben nach dem Grundsatz: sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet in die Klagformel übergangen sein. An Stelle der ursprünglich auf Abwehr des Dolus gerichteten Klausel ist alsdann der allgemeine Maßstab der bona fides getreten.[1]) Ebenso war die Formel aequius melius zweifellos ursprünglich Bestandtheil der cautio rei uxoriae und ist demnächst Bestandtheil der entsprechenden actio geworden.[2])

Wesen der bona fides.*)

Bona fides ist, subjectiv betrachtet, zunächst der gute Glaube, die gute Meinung, die man von Personen und Sachen hat, das Vertrauen, Zutrauen zu ihnen, d. i. die Ueberzeugung, daß die Person die Garantien eines richtigen und gehörigen Handelns und Verhaltens bietet, bezw. daß es mit der Sache seine Richtigkeit hat und bei ihr Alles sich gut und gehörig verhält. Andererseits bedeutet fides die das Vertrauen rechtfertigende Eigenschaft und Beschaffenheit: Vertrauenswürdigkeit, Zuverlässigkeit, Treue.

Die Worte: Treu und Glauben als Umschreibung von bona fides drücken daher den Begriff nach beiden Seiten aus.

---

[1]) Daß aus der Abwehr des dolus das bona fides-Moment sich entwickelt, ergiebt deutlich Cic. de off. 3, 17, 15, Top. 17. Daß noch Proculus die Funktion der bona fides mit der Abwehr des dolus identificirt, ergiebt l. 68 D. contr. empt. 18, 1.

[2]) cfr. Gellius 4, 3: memoriae traditum est, quingentis fere annis post Romam cond. nullas rei uxoriae neque actiones neque cautiones in urbe R. aut in Latio fuisse. Vergl. Bekker, Akt. I S. 316, 310.

*) Obwohl die bona fides einen der wichtigsten Bestandtheile des Rechts, insbesondere des Obligationenrechts bildet, wird in den Lehrbüchern wie Lehrvorträgen von einer näheren Erörterung derselben fast gänzlich abgesehen und werden darüber nur ganz allgemeine Andeutungen gegeben. Der Einzige, der dies verlassene Gebiet angebaut hat, ist Voigt, Jus nat. I. S. 350 flgd. und Beil.

Wenn man fides im Sinne von „Worthalten" nimmt[1]), so ist dies zu eng, indem damit nur eine vereinzelte Anwendung des Begriffs, nämlich bei Zusagen und Abmachungen (dicta, conventa) als Grundbedeutung gesetzt wird, während der Begriff der fides auch und gerade vorzugsweise sich ohne alle Rücksicht auf bestimmte Zusagen und Vereinbarungen versteht. Die Grundbedeutung von fides, πίστις, ist Vertrauen, fidere, πιστεύειν.[2])

Objectiv betrachtet, bedeutet bona fides die Grundsätze des richtigen, gehörigen Handelns und Verhaltens im Verkehr, die Principien von Treu und Glauben, die Postulate der Verkehrstreue. Das Wohlverhalten aber im Verkehr ist die wohlmeinende Beachtung und rücksichtsvolle Behandlung (εὐγνωμοσύνη) des fremden Interesse, für welches man Verbindlichkeiten eingegangen ist oder einzugehen im Begriff steht. Den Gegensatz bildet: das widerwillige, feindselige, widerstrebende Verhalten gegen den überkommenen Pflichtinhalt (ἀγνωμοσύνη, mala fides). Der praktische Maßstab der bona fides ist den Römern die Denk- und Handlungsweise des rechtschaffenen Mannes, vir bonus, wie ihnen die diligentia diligentis patris familias, die diligentta des homo frugi ac diligens der Maßstab der im Verkehr zu prästirenden Diligenz ist.

Bona fides ist also Sache der Gesinnung, Denkweise, sittlichen Anschauung und beruht auf der Vorstellung von dem, was unter gegebenen Verhältnissen richtig ist und sich gehört. Sie ist Princip des Handelns, Etwas die Willensrichtung Bestimmendes, nicht aber selbst Willensrichtung und Wollen. Dies verkennt Voigt, jus nat. I S. 584—585, 587, wenn er die bona fides als „die Uebereinstimmung der Willensrichtung des Subjects mit dem Rechtspflichtgebotenen" und geradezu „als Sache des Willens" bezeichnet.

Die bona fides geht ferner keineswegs auf in der Uebereinstimmung mit der Rechtsnorm, mit dem „Rechtspflichtgebotenen." Zwar faßt sie jus und aequitas in sich, aber erschöpft sich nicht in ihnen, sondern geht über sie hinaus, und bedeutet ein selbständiges Princip neben ihnen. Diese ihre selbständige Bedeutung zeigt sich, wo jus und aequitas versagen, nämlich da, wo es sich darum handelt, im Sinne des zu Grunde liegenden Interesse den Pflichtinhalt in freier Weise zu ergänzen und zu erweitern. Für eine derartige Erweiterung bieten die Regeln des merum jus und das ausgleichende, corrigirende Princip der aequitas keinen Anhalt, vielmehr bedarf es hiezu eines Prinzips, das in frei gestaltender Weise einzugreifen vermag, wie es das der bona fides ist. Bona fides und aequitas berühren sich vielfach, sind aber nicht identisch. Was man für die Identificirung beider

---

[1]) In Anschluß an Cic. de offic. I, 7, 23: fides est dictorum conventorumque constantia et veritas — credamusque, quia fit, quod dictum est, appellatam fidem, de Rep. 4, 7, 7. Isid. Orig. 8, 2, 4.

[2]) Vielfach wird die Treue als Grundbedeutung der b. f. angesehen, jedoch ohne zureichenden Grund, z. B. Voigt, Jus nat. 4 S. 377 und die daselbst Note 1 Citirten.

anführt, beschränkt sich auf ihre gemeinsamen Berührungspunkte.[1]) Insbesondere kann man sich nicht darauf berufen, daß als Inhalt der bonae fidei judicia das bonum et aequum angegeben wird.[2]) Denn neben dem aequum figurirt hier das bonum, welches eben der Ausdruck des Wohlverhaltens und also des eigenthümlichen Wesens der bona fides ist. Ebensowenig beweist für die Identität beider, daß das aequum zur bona fides sich erweitern und in diesem erweiterten Sinne verstanden werden kann[3]), da es eben dann kein reines aequum mehr ist.

Das gegenseitige Verhältniß Beider wird sich aus einer näheren Darlegung ihres Wesens und Umfangs ergeben.

Die Aequitas ist das ausgleichende Rechts-Princip. Auf irgend eine Art von Ausgleichung führen sich alle Anwendungen derselben zurück. Sie bringt zunächst die materielle Gleichheit der Verhältnisse zur Geltung, z. B. in der Gleichstellung der mütterlichen Ascendenten mit den väterlichen bei der Alimentationspflicht wegen der gleichen Stärke des Verwandtschaftsbandes[4]), bei Berücksichtigung der Cognation[5]) neben der Agnation im Erbrecht, da jene die natürliche Basis von dieser.[6])

Umgekehrt verlangt sie bei Ungleichheit der Verhältnisse eine verschiedene rechtliche Behandlung, daß z. B. Kinder vorverstorbener Kinder mit Kindern ersten Grades nicht nach Köpfen theilen, der extraneus manumissor nicht die nächsten Blutsverwandten (decem personae) ausschließt oder beschränkt.[7])

Die Aequitas macht ferner in den thatsächlichen Verhältnissen die rechtlich relevanten und entscheidenden materiellen Momente dem strengen Recht gegenüber geltend. Hierauf beruht z. B. die Berücksichtigung des formlosen Willens bei Tradition und Paktum, da der Wille gegen die Form überwiegt.[8]) Wo ferner bei Rechtsgeschäften und Delikten nicht der volle civilrechtliche Thatbestand gegeben ist und deßhalb nach der subtilitas juris eine Rechtswirkung nicht entstehen kann, wird doch kraft aequitas den vorliegenden einzelnen Geschäfts- und Thatmomenten Rechnung getragen und eine entsprechende Bedeutung beigelegt. So ist z. B. eine

---

[1]) l. 31 D. dep. 16, 3: bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat.

[2]) Gaj. 4, 137: in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oporteat, Gaj. 4, 61.

[3]) l. 14 § 6 D. de relig. 11, 7: aequum autem accipitur ... ex bona fide, ut neque plus imputetur sumtus nomine, quam factum est, neque tantum, quantum factum est, si immodice factum est.

[4]) l. 5 § 2 D. de agnosc. et alend. 25, 3.

[5]) Gaj. 3 § 18—24 l. 2 D. unde cogn. 38, 8.

[6]) Ein ferneres Beispiel in l. 1 § 1 D. si is qui testam. 47, 4.

[7]) Gaj. 3, § 7, l. 1 § 4 D. de suis et legit. 38, 16.

[8]) l. 1 pr. D. de pact. 2, 14, l. 1 pr. D. de pec. const. 13, 5; l. 9 § 3 D. de acq. dom. 41, 1.

Aehnlich wird der Wille des Testators aufrechterhalten, humanitate suggerente, wo nach der subtilis juris regula das Testament ruptum, l. 13 pr. D. de lib. et post. 28, 2.

Schenkung, die von einem Bevollmächtigten auftragswidrig nicht auf den Namen des Machtgebers, sondern in eigenem Namen vorgenommen wird, ipso jure ungültig, dennoch wird der Empfänger der Schenkung gegen die Vindikation des Machtgebers mittelst exceptio doli geschützt, weil die Schenkung an sich ja im Willen des Letzteren lag, dieser Wille in der Hauptsache realisirt ist, der Umstand aber, daß dies nicht in der beabsichtigten Weise bewirkt ist, hieran Nichts ändern kann.[1]) Ebenso wird Jemand, dem Seitens einzelner Miteigenthümer eine Servitut bestellt ist, diesen gegenüber einstweilen im Genuß des Rechts geschützt, während civilrechtlich die Servitutbestellung erst mit dem Beitritt sämmtlicher übriger Miteigenthümer perfekt wird.[2]) Ein in der hereditas jacens befindlicher statutiber kann an dieser civilrechtlich kein furtum begehen; nichtsdestoweniger verlangt aber die aequitas eine analoge Haftung desselben.[3])

Die ausgleichende Kraft der aequitas äußert sich ferner in den zahlreichen Fällen ungerechtfertigter Veränderung der rechtlichen Zustände und Verhältnisse, in denen Condictio und Restitutio Platz greift.[4]) Endlich vermittelt sie zwischen den Interessen der Einzelnen auch insofern, als sie zu Gunsten des Einen dem Anderen Beschränkungen auferlegt, wenn daraus für diesen kein Nachtheil entsteht.[5])

Die gewöhnliche Ansicht, welche das Wesen der aequitas in der Berücksichtigung der individuellen Unterschiede findet, hat insofern eine gewisse Berechtigung, als die aequitas in der That die besonderen Verhältnisse berücksichtigt, für welche das jus eine Regel nicht aufgestellt hat; aber der Grund der Berücksichtigung ist doch nicht die Individualität dieser Verhältnisse, sondern die juristische Relevanz der darin enthaltenen Momente. Die aequitas bewegt sich ebenso wie das jus auf dem Gebiete des Allgemeinen und Abstracten.

Kann hienach auch das billige Recht (jus aequum) als ein solches bezeichnet werden, was den thatsächlichen Verhältnissen angemessen ist, so ist doch das strenge Recht (jus strictum) nicht sowohl ein solches, das den

---

[1]) l. 25 D. de donat. 39, 5: — quantum ad juris subtilitatem, accipientis facta (res) non est . . .; sed benignius est, si agam contra eum, qui rem accepit, exceptione doli mali me summoveri.

[2]) l. 11 D. J. P. R. 8, 3.

[3]) l. 1 § 1 D. si is qui test. 47, 4: si quidem civilis deficit actio; sed natura aequum est, non esse impunitum eum . . .

[4]) l. 14 D. de cond. indeb. 12, 6: hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem.

[5]) l. 2 § 5 D. de aq. et aq. pluv. 39, 3: quamquam . . deficiat aquae pluviae arcendae actio, attamen opinor utilem actionem vel interdictum competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro ejus, qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est; haec aequitas suggerit etsi jure deficiamur (Paulus). Nicht um ein „neues Rechtsprincip", wie Voigt jus nat. I S. 379 meint, sondern einfach um ein Postulat der aequitas handelt es sich hier, wie bei der actio ad exhibendum (l. 3 § 14 D. ad exh. 10, 4: aequitas exhibitionis) und Interdictum de glande legenda.

thatsächlichen Verhältnissen „nicht angemessen“ ist, als vielmehr ein solches, was nicht sämmtliche Verhältnisse regelt oder doch nicht sämmtliche Beziehungen der Verhältnisse berücksichtigt, weßhalb es heißt: jure civili deficimur, l. 2 § 5 D. de aq. 39, 3, civilis actio deficit, l. 1 § 1 D. si is qui test. 47, 4, l. 6 § 1 D. b. p. 37, 1. l. 2 D. unde cogn. 38, 8.

Das Wesen der aequitas liegt somit in seiner ausgleichenden Tendenz.

Im Gegensatz dazu sucht die bewußte iniquitas das Gleichgewicht in den Verhältnissen zu zerstören. Sie verletzt das in der Ueberzeugung der Rechtsgenossen feststehende Princip der Werthschätzung: das suum cuique, indem sie die gebührende Anerkennung versagt oder schmälert. Sie beleidigt das Rechtsgefühl und fürchtet dessen Reaction, weßhalb sie in ihren verschiedenen Formen sich unter dem Deckmantel des Opportunismus verbirgt. Motivirungen aus Opportunitätsrücksichten und Deductionen aus den „Umständen“ sind daher stets verdächtig.

Eine andere Richtung verfolgt die **bona fides**. Wenn man diese „als praktisch bethätigte ehrenwerthe, ethisch normale Gesinnung“, als „das anständige und ehrliche Betragen innerhalb gegebener Verhältnisse“[1]) beschreibt, so führt dies nur zur Ausschließung dessen, was contra bonos mores ist, zur Verwerflichkeit von Wortbruch und dolus, bringt aber nicht die eigenthümliche Seite der bona fides zum Ausdruck. Letztere beruht vielmehr auf dem Postulat gehöriger und rechtschaffener Handlungsweise und Pflichterfüllung. Für den Umfang der Verpflichtung bedeutet dies, daß nicht bloß das Verabredete und Zugesagte, sondern ohne Verabredung auch Alles das zu leisten ist, was die Natur der Sache und der gewöhnliche Lauf der Dinge, sowie die Uebung und Sitte des Verkehrs mit sich bringt, da dies Alles in den Kreis der berechtigten Erwartungen fällt. Das Einstehen für culpa kann unter dem Einfluß dieser Erwartungen sich bis zur Prästation von diligentia steigern.

Für die Incongruenzen der Erfüllung liegt in der bona fides die Bezugnahme auf die aequitas als die Entscheidungsnorm. Der vir bonus kann derartige Differenzen nur nach Maßgabe der aequitas geschlichtet wissen wollen.

Daraus, daß die aequitas die Schranken des Civilrechts durchbricht und Verhältnisse berücksichtigt, die dieses nicht berücksichtigt, erklärt sich, daß bei bonae fid. judic. nicht bloß das Vermögensinteresse, sondern auch das, von einem freieren Standpunkt aus betrachtet, gleich schwer wiegende Affectionsinteresse berücksichtigt wird.[2])

Darauf ferner, daß die aequitas auf die materielle Natur der Verhältnisse sieht, beruht es, daß in erster Linie die Absicht der Contrahenten

---

[1]) Bechmann, Kauf I S. 628, 631.

[2]) l. 54 pr. D. mand. 17, 1. Die Befriedigung unedler Gefühle berücksichtigt die bona fides nicht, l. 6 § 1 D. de serv. exp. 18, 7: caeterum bono viro non convenire credere, venditoris interesse, quod animo saevientis satisfactum non fuisset.

entscheiden, ferner nicht auf die Form des Anspruches, sondern das Vorhandensein eines solchen überhaupt Gewicht gelegt[1]) und der erhobene Anspruch zugleich von selbst mit auf die ihm anhaftenden Exceptionen[2]), sowie entgegenstehenden Compensationsansprüche geprüft werden soll.[3]) Ebenso beruht auf aequitas die Zubilligung von Verzugszinsen[4]), Ausschließung des bis idem exigere[5]), ferner die verschiedenen Rechtsmittel bei ermangelnder, unvollständiger oder fehlerhafter Gegenleistung.[6])

Die bona fides nimmt daher das ganze Gebiet der aequitas zur Hülfe, geht aber nicht in ihr auf, und ist nicht mit ihr identisch; sie ist ein verwandtes, aber doch verschiedenartiges Princip.

Rechtswirksamkeit des bona-fides-Moments.

1. Wenn der Inhalt des bonae-fidei-Geschäfts auf das geht, was die Parteien einander ex bona fide zu leisten haben, so kann, wie dieser Inhalt, so auch diese Maßgabe nur auf dem constituirenden Willen: dem subjectiven Willen bei Contracten, dem objectiven Willen bei Quasicontracten beruhen. Wenn demgegenüber geltend gemacht wird, daß bona fides und aequitas Rechtsprincipien seien, die über dem Willen der Parteien stehen, und wenn man sie zum Maßstab der Verpflichtung erhebe, dies nur „selbstthätige Unterwerfung unter höhere Naturnothwendigkeit" sei[7]), so ist darauf hinzuweisen, daß den Parteien freisteht, anstatt auf bona fides und aequitas zu provociren, ihre Contractsbestimmungen möglichst genau zu formuliren, so daß für den Richter, wie beim stricti juris jud., lediglich der ausgedrückte Wille maßgebend ist, und also im letztem Grunde die Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben doch von dem Parteiwillen abhängt.[8]) Daß man auf einer früheren Entwickelungsstufe sich ohne Berufung auf bona fides lediglich durch Fixirung des Geschäftsinhalts beholfen, ist fast sicher.

Die Rechtswirksamkeit des die bona fides und aequitas zur Geschäftsnorm erhebenden Willens versteht sich nur unter der Voraussetzung rechtlicher Anerkennung der bona-fides-Geschäfte.

---

[1]) l. 19 § 4 D. mand. 17, 1: de bona fide enim agitur, cui non congruit de apicibus juris disputare, sed de hoc tantum, debitor fuerit necne.

[2]) l. 3 D. de resc. vend. 18, 5: bonae fidei judicio exceptiones pacti insunt. l. 21 D. sol. matrim 24, 3: doli exc. inest l. 84 § 5 D. de leg. 1, 30.

[3]) Gaj. 4 § 63: quia id bonae fidei judicio conveniens videtur, ideo officio judicis contineri creditur.

[4]) l. 34 D. de usur. 22, 1.

[5]) l. 57 D. de reg. j. 50, 17.

[6]) S. oben S. 309.

[7]) Birkmeyer, Die Except. im b. f. j. 1874 S. 185.

[8]) cfr. Boëth. ad Cic. Top. 17: in his igitur judiciis, in quibus additur, ut ex bona fide judicent, id est ubi ita judices dantur, ut non strictas inter litigantes stipulationes, sed bonam fidem quaerant, plurimus causarum usus est.

Die Frage[1]), ob durch Vereinbarung der Parteien auf Grund eines negotium stricti juris ein bonae fidei judicium geschaffen bezw. für jenes in der Totalität seiner Beziehungen die bona fides maßgebend gemacht werden kann, z. B. durch doli clausula, durch den Zusatz: recte[2]) zu einem restituere? ist zu verneinen, da der Charakter beider Geschäftsarten sich ausschließt und jede nur die Herübernahme einzelner Consequenzen der anderen gestattet. Gegen die Macht des Parteiwillens, die aequitas zur Geschäftsnorm zu erheben, läßt sich aber daraus um so weniger Etwas herleiten, als auch der objective Wille nicht im Stande ist, ein Rechtsgeschäft herzustellen, das vollständig zugleich stricti juris und bonae fidei negotium wäre.

Bei einem bonae-fidei-Geschäft kann zwar Nichts der bona fides und aequitas Widerstreitendes festgesetzt[3]), wohl aber derselben durch mildere Bestimmungen derogirt werden, z. B. Herabminderung der Präſtationspflicht auf dolus, wo diese nach der aequitas auch die culpa umfaßt, ferner Ausschließung der Zug um Zugleistung und dergl. Wo sich die Parteien schlechthin der aequitas unterworfen haben, müssen sie alle Consequenzen derselben gegen sich gelten lassen.

Bei den Quasicontracten beruht die Geltung der aequitas auf dem das Geschäft überhaupt begründenden objectiven Willen und ist hieraus Nichts weniger als ein Einwand gegen die analoge Kraft des subjectiven Willens bei Contracten zu entnehmen.

Hiebei ist jedoch festzuhalten, daß der subjective wie der objective Wille sich darauf beschränkt, bona fides und aequitas als Maßstab für Recht und Pflicht zu setzen[4]), keineswegs aber ist dies dahin auszudehnen: daß nun auch alle einzelnen Aequitätssätze auf den stillschweigenden Willen der Parteien zurückzuführen wären. Dem würde entgegenstehen, daß die aequitas, sobald einmal die Parteien sich derselben unterworfen haben, auch gegen deren Willen sich durchsetzt.

Die aequitas macht sich aber nicht zur eigentlichen Bedingung für Existenz und Umfang der Obligation, so daß Recht und Pflicht nur bestehen, wenn und soweit sie dem bonum et aequum entsprechen, und das Vorhandensein einer Exceptio etwa als Deficienz einer Obligationsbedingung und daraus ipso jure folgender Nichtigkeit aufzufassen wäre.[5])

2. Das Princip der bona fides im Einzelnen.

Das Zweckmoment giebt den Rechtsverhältnissen ihren wesentlichen, charakteristischen Inhalt, gewissermaßen ihre organische Substanz. Die bona

---

[1]) welche Birkmeyer S. 150 erörtert.

[2]) „Recte" enim verbum pro viri boni arbitrio est l. 73 D. de V. S. 50, 17.

[3]) l. 23 D. R. J. 50, 17: Celsus putat, non valere, si convenerit, ne dolus praestetur; hoc enim bonae fidei judicio contrarium esse.

[4]) Soweit richtig Brinz, Pand. II § 338 S. 1508, 1509.

[5]) Diese Consequenz der Brinz'schen Ansicht zieht Birkmeyer S. 148. Dazu Brinz selbst, Kr. V. J. S. S. 221.

fides umspannt zunächst Das, was in Gemäßheit des Zweckes ausdrücklich festgestellt ist[1]) und ferner sich von selbst aus dem zu Grunde liegenden Geschäftszweck ergiebt[2]), verhält sich aber hiezu modificirend und temperirend.

Beide Momente: Zweck und bona fides zusammengenommen, ergeben somit den Totalinhalt der von letzterer beherrschten Rechtsverhältnisse. Sie sind die Quellen, aus denen die ganze rechtliche Normirung der Verhältnisse fließt und auf welche zurückzugehen ist, wo die vertragsmäßige oder stellvertretende rechtliche Festsetzung Lücken darbietet.

Es ist ein bedeutsamer Schritt, daß in manchen neueren Gesetzgebungen, sowie in dem Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs, unter den Quellen des Obligationsinhalts, außer auf die Bestimmungen und Natur des Vertrages auch auf die Grundsätze von Treu und Glauben verwiesen wird.[3]) Wenn daneben noch Gesetz und Verkehrssitte genannt werden, so erübrigt sich dies, weil es schon in der Rücksicht auf Treu und Glauben eingeschlossen ist. Die Natur des Vertrages aber beruht ebenso wie die besondere vertragsmäßige Fixirung auf dem Zweckmoment und fällt mit diesem zusammen.[4])

In Ermangelung einer generellen Ermächtigung, nach der Natur der Sache und nach Billigkeit zu urtheilen, sah sich bislang die Praxis, um die Anforderungen des Lebens mit dem geschriebenen Recht in Einklang zu bringen, meist zu einer forcirten Interpretation des Parteiwillens gedrängt. Dieses Auskunftsmittel war ungesund und ist theoretisch unhaltbar, da es sich nicht um Auslegung dessen handelt, was die Parteien ausgesprochen, sondern um Festsetzung von Etwas, worüber sie sich gerade nicht ausgesprochen haben, und was ihnen gar nicht im Bewußtsein gewesen ist. Eine Fiktion aber wäre es, zu sagen, das, was der Richter an Stelle der Parteien festsetzt, hätten auch die Parteien, wenn sie den fraglichen Punkt geregelt hätten, gewollt oder doch wollen müssen. Es handelt sich hiebei vielmehr um eine selbständige, stellvertretende Funktion des Richters, zu der

---

[1]) l. 21 D. loc. 19, 2: bona fides exigit, ut, quod convenit fiat l. 11 § 1 D. a. emt. 19, 1: nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est.

[2]) quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt hujus judicii potestate, l. 11 § 1 eod., d. i. Alles das, was aus Natur und Zweck des Geschäfts folgt. — § 2: et inprimis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est, tradere .... emtor autem nummos venditoris facere cogitur.

[3]) Vorbildlich ist hier Code civil art. 1135: les conventions obligent non seulement à ce, qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites, que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.

[4]) So richtig das sächs. bürgerl. Gesetzbuch § 858, welches die vertrags- und gesetzmäßige Fixirung, Zweck und Natur der Sache zusammenfaßt mit den Worten: „und überhaupt nach Treu und Glauben und nach der Handlungsweise eines redlichen Mannes".

Auch das Preuß. Landr. läßt bei mangelnder Zeit- und Ortsbestimmung richterliche Ergänzung nach der Absicht der Parteien, dem Zweck und der Natur des Geschäfts eintreten I, 5 §§ 230, 231, 247.

Aehnlich Schweizer. Obl.-R. art. 2 bezüglich „vorbehaltener Nebenpunkte".

dieser der besonderen Ermächtigung, sei es durch die Parteien selbst oder an Stelle der Parteien durch das Gesetz bedarf.

Der modificirende Einfluß der bona fides auf den organischen Obligationsinhalt äußert sich

theils erweiternd und verstärkend,
theils restringirend,
theils supplirend.

Erweiternd und verstärkend äußert sich die bona fides in der Berücksichtigung alles dessen, was nach der Sitte und Gepflogenheit des Verkehrs zu dem Obligationsinhalt gehört.

Die römische Verkehrssitte verlangte vom Verkäufer, daß er bei Sklaven und Vieh wegen gewisser Mängel stipulationsmäßig cavirte, ebenso wegen des habere licere und überdies bei Sklaven und werthvollen Gegenständen überhaupt für den Fall der Eviction sich zur Promissio der dupla verstand. Bei Sklavenkäufen ging die Stipulation wegen Mängel neben der allenfallsigen Deklaration der Nationalität[1]) regelmäßig[2]) auf: servum sanum furtis noxisque solutum, erronem, fugitivum non esse, bei Viehkäufen hauptsächlich auf die Gesundheit.[3]) Hieran schloß sich die cautio wegen des habere licere bezw. promissio duplae.[4])

Die Cautionsleistung konnte mittelst der actio emti erzwungen werden und hatte die Verweigerung Verurtheilung in das Interesse zur Folge.[5])

Sehr häufig mochte man sich gegen Uebervortheilung wirksamer durch den Vorbehalt des Rücktritts, falls trotz der gegentheiligen Versicherung die Mängel sich ergaben, gesichert haben, was jedoch bei Gegenständen von geringerem Werth gewohnheitsmäßig ausgeschlossen war: simplararium venditionum causa, ne sit redhibitio, in usu est l. 48 § 8 D. de aed. ed. 21, 1.[6])

Indem die Aedilen das Redhibitionsrecht zur ediktmäßigen Aner-

---

[1]) l. 31 § 20 D. aed. ed. 21, 1.

[2]) Das berichtet Varro, de re rust. II, 10, 5: in horum emptione, solet accedere peculium aut excipi et stipulatio intercedere sanum esse furtis noxisque solutum aut si mancipio non dantur, dupla promitti aut, si ita pacti, simpla. Damit übereinstimmend die Geschäftsformulare in Bruns, fontes, 256, sq. und l. 14 C. act. empti 4, 49: emptor servorum certe de his tradendis et de eorum fuga, itemque sanitate, erronesque non esse aut noxa solutos repromitti sibi recte postulat.

[3]) Varro, eod. II, 2, 5: illasce oves, qua de re agitur, sanas recte esse, uti pecus ovillum, quod recte sanum est. ... neque de pecore morboso esse; 5, 11: boves sanos esse noxisque solutos praestari?

[4]) Varro II, 10, 5; II, 2, 5: habereque recte licere, haec sic recte fieri X spondesne? cfr. l. 37 § 1 D. de ev. 21, 2: quod autem diximus, duplum promitti oportere, sic erit accipiendum, ut non ex omni re id accipiamus, sed de his rebus, quae pretiosiores essent ... per edictum autem Curulium etiam de servo cavere venditor jubetur.

[5]) l. l. 11 § 4, §§ 7—11 D. emt. 19, 1. l. 28. l. 32 D. de aed. ed 21, 1. l. 31 D. de ev. 21, 2.

[6]) cfr. l. 31 § 18 D. de aed. ed. 21, 1: conventio de redhibendo.

kennung brachten, haben sie nur das generalisirt, was längst Verkehrsanschauung war und im einzelnen Fall in den verschiedenen Geschäftsvorbehalten zum Ausdruck kam. Das Preisminderungsrecht folgte schon aus dem Civilrecht und der dieses beherrschenden aequitas und stand durch die Gerichtspraxis längst fest. Das Edikt der Aedilen ist somit keine durchaus neue Erfindung, sondern der Witz der Aedilen beschränkt sich auf Generalisirung des Geschäftsformulars und Combinirung des verkehrsüblichen Redhibitionsrechts mit dem aus der aequitas folgenden Preisminderungsrecht und Festsetzung der entsprechenden Verjährungsfristen.

Ueberflüssig an sich war die Ediktsbestimmung wegen des dolus (hoc amplius, si quis adversus ea sciens dolo, malo vendidisse dicetur, judicium dabinus) und bezweckt deren Hinzufügung offenbar nur, etwaigen Mißverständnissen zu begegnen.

Der zunächst nur für die Rechtfertigung des Anspruchs auf duplae promissio in l. 31 § 20 D. de aed. ed 21, 1 ausgesprochene Satz: ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei judicia debent venire hat sonach eine viel weiter gehende Bedeutung und liefert vor Allem den Schlüssel für die Entwickelung des ädilicischen Edikts.

Zu den Erweiterungen und geschäftlichen Gepflogenheiten gehört endlich auch das Zubilligen von Früchten und Zinsen. Diese fallen daher ebenfalls in den Bereich der bonae fidei judicia [1])

Ihre restringirende Bedeutung äußert die bona fides zunächst

a) in der Verwerfung von Vertragsbestimmungen, die ihrem Wesen widerstreiten, durch welche insbesondere die eine Partei übervortheilt und der anderen gegenüber in eine ungleiche Lage versetzt wird. Daraus fließen folgende Sätze: vix bonae fidei Convenire, eo pacto stari, quod alteri captiosum sit et maxime, si justo errore sit deceptus l. 7 § 1 D. de resc. vend. 18, 5,

ferner die Ungültigkeit der conventio, ne dolus praestetur l. 23 D. de R. J. 50, 17 l. 1 § 7 D. dep. 16, 3: nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo nec sequenda est l. 17 pr. D. commod. 13, 6,

ferner nach Ansicht des Julian die Ungültigkeit des pactum, nihil evictionis nomine praestatum iri l. 11 § 18 D. act. emt. 19, 1: neque enim bonae fidei contractus hanc patitur conventionem, ut emptor rem amitteret et pretium venditor retineret.

b) Die bona fides corrigirt ferner Consequenzen des Zweckmoments, wo dessen einseitige und rücksichtslose Geltendmachung der Billigkeit widerstreitet und zu ähnlichen Inconvenienzen, wie die stricta inter litigantes stipulatio [2]) führen würde.

So ist z. B. die Frage, ob man ein Depositum zu restituiren hat, wenn

---

[1]) l. 34, 38 § 15 D. de usur. 22, 1. l. 24 D. dep. 16, 3. l. 32, 54 pr. D loc. 19, 2. l. 2 C. dep. 4, 34. l. 18 C. de neg. gest. 2, 19.

[2]) Boethius in Cic. Top. 17.

der Deponent zu einer Capitalstrafe verurtheilt ist und sein Vermögen der Confiscation verfällt, oder ob man den deponirten Gegenstand an die Staatskasse auszuantworten hat, nach der Consequenz des Zweckmoments bezw. der lediglich dieses berücksichtigenden natürlichen ratio schlechterdings zu bejahen, während der Absicht des positiven Rechts und dem Zweck der von diesem verhängten Strafe die Vertragserfüllung an den Verbrecher widerstreiten würde.[1]) Denn die bona fides verpflichtet nur insoweit zur Vertragserfüllung, als nicht die Vorschriften des positiven Rechts entgegenstehen.[2])

Ebenso ist in dem Fall, wo der Deponent die deponirte Sache geraubt, diese nicht dem Deponenten, sondern dem sich ausweisenden Eigenthümer zurückzugeben, da die von der bona fides gebotene Vertragstreue sich nur ohne Kränkung der begründeten Ansprüche Anderer versteht, et probo hanc esse justitiam, quae suum cuique tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae justa repetitione, und unter Berücksichtigung der Totalität des Falles (totius rei aequitas), l. 31 § 1 D. dep. 16, 3.

Das Vorhandensein eines gültigen Hinterlegungscontracts wird überhaupt verneint, wenn der Räuber oder Dieb die Sache bei dem Eigenthümer deponirt, quia non est ex fide bona, rem suam dominum praedoni restituere compelli l. 31 § 1 cit. in f. Bei starrer, unbeugsamer Herrschaft des Zweckmoments würden alle diese Erwägungen nicht Platz greifen können.

Mildernd wirkt die bona fides auch in folgenden Fällen. Derjenige, dem eine Sache geliehen ist, um sie seinem Gläubiger zum Pfande zu bestellen, ist nach dem Zweck des Geschäfts schlechterdings zur Rückgabe bezw. Zurückverschaffung verpflichtet. Falls er jedoch ohne seine Schuld die Sache nicht zurückschaffen kann, z. B. weil der Gläubiger, obwohl ihm Zahlung angeboten wird, sie nicht herausgeben will, so soll nach Labeo er kraft der bona fides dem Geber nur zur Abtretung der ihm gegen den Gläubiger zustehenden Klage und zur Erstattung der Kosten der Proceßführung verpflichtet sein, l. 5 § 12 D. comm. 13, 6. Diese Anwendung der bona fides ist keine glückliche. Sie führt zu einer unnöthigen Weiterung, und bürdet überdies dem Commodanten zum Lohn für seine Gefälligkeit noch die Mühe der Proceßführung auf. Es wäre m. E. der Billigkeit entsprechender, dem Commodatar die Proceßführung, die ohnehin ja auf seine Kosten erfolgen soll, zu überlassen. Dasselbe ist von dem Fall zu sagen, wo der Depositar die deponirte Sache in weitere Verwahrung gegeben und der dritte Depositar sie nicht gütlich herausgeben will. Sofern dem Depositar nicht ausdrücklich die Ermächtigung zur anderweiten Niederlegung gegeben ist, hat er billigerweise selber sich der Proceßführung gegen den dritten Verwahrer zu unter-

[1]) l. 31 D. dep. 16, 3: Si tantum naturale jus et gentium intuemur, ei qui dedit, restituenda sunt. Si civile jus et legum ordinem, magis in publicum deferenda sunt, nam male meritus publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet.

[2]) cfr. Horat. Epist. 1, 16, 40: Vir bonus est quis? qui consulta patrum, qui leges juraque servat.

ziehen, während nach der Entscheidung des African in l. 16 D. dep. 16, 3 er schon mit Abtretung der Klage sich freimachen kann.

Eine sehr weitgehende, aber richtige Anwendung des bona-fides-Princips enthält l. 63 § 5 D. pro soc. 17, 2: Si, cum tres socii essent, egerit cum uno ex sociis socius et partem suam integram sit consecutus: deinde alius socius cum eodem agat et partem integram consequi non poterit, quia facere solidum non potest; an hic, qui minus consecutus est, cum eo agere possit, qui solidum accepit, ad communicandas partes inter eos, id est exaequandas, quasi iniquum sit, ex eadem societate alium plus, alium minus consequi? Sed magis est, ut pro socio actione consequi possit, ut utriusque portio exaequetur. Quae sententia habet aequitatem (Ulpianus).

Von Seiten des bloßen Zweckmoments würde bei der Selbständigkeit und Geschiedenheit der Ansprüche jedes Socius sich zu einem solchen Resultat nicht gelangen lassen.

Ergänzend greift die bona fides ein, wo die Voraussetzungen, von denen die Parteien oder eine derselben bei Eingehung des Contracts ausgingen, entweder von Anfang nicht vorhanden waren oder nachträglich weggefallen sind oder sich verändert haben.

Ein bemerkenswerthes Beispiel liefert die den Verkauf einer ganz oder zum Theil untergegangenen Sache (domus combusta) behandelnde l. 57 D. de contr. empt. 18, 1. Die aequitas führt hier zu folgenden Resultaten:

Befanden sich beide Theile in Unkenntniß und ist die Sache gänzlich zerstört, so ist der Kauf nichtig. (Nerva, Sabinus, Cassius: nihil venisse, quamvis area maneat). Ist — ebenfalls bei Unkenntniß beider Theile — die Sache zum größeren Theil zerstört, so ist der Käufer nicht gebunden (ut si quidem amplior domus pars exusta est, non compellatur emptor perficere emptionem), wogegen er gebunden sein soll, wenn die Sache nur zur Hälfte oder einem noch geringeren Theil zerstört ist (tunc coartandus est emptor venditionem adimplere), ihm aber eine verhältnißmäßige Preisminderung zu Gute kommen soll (aestimatione viri boni arbitratu habita, ut quod ex pretio propter incendium decrescere fuerit inventum, ab hujus praestatione liberetur).

Befand sich der Verkäufer in dolo, d. h. hatte er Kenntniß von der Zerstörung der Sache, der Käufer aber nicht, so ist, falls die Zerstörung eine totale ist, der Kauf nichtig, dagegen der Verkäufer gebunden und zum vollen Interesse verpflichtet, sofern nur irgend ein Stück der Sache vorhanden ist. Kannte umgekehrt der Käufer, nicht aber der Verkäufer die wahre Sachlage, so ist er zur Vertragserfüllung und Zahlung des vollen Kaufpreises verpflichtet. Versirten beide in dolo, so ist das Geschäft für beide Theile hinfällig, nihil actum, dolo inter utramque partem compensando et judicio, quod ex bona fide descendit, dolo ex utraque parte veniente, stare non concedente (sc. venditionem).

Die in dieser Stelle getroffene Entscheidung läßt sich nur aus dem freien Walten der bona fides, nicht aber aus dem muthmaßlichen Willen

der Contrahenten oder als eine besondere Wirkung der „theilweisen Unmöglichkeit" erklären.[1]) Conform ist die Entscheidung in l. 58 D. eod. bei arboribus vento dejectis vel absumptis igne.

Die supplirende Bedeutung der bona fides zeigt sich ferner im Preisminderungs- und Redhibitionsrecht, sowie ganz besonders bei der Remission des Pachtzinses (l. 15 §§ 2—4 D. loc. 19, 2).

§ 72. Zeit und Ort der Verpflichtung.

Zeit und Ort kommen als Modalitäten[2]) des Forderungsrechts in Betracht, sofern sie dessen Geltendmachung und Ausübung betreffen. Wo sie dagegen wesentliche Momente der Leistung[3]) bilden, wie z. B. die Zeitbestimmung bei Fixgeschäften, gehören sie einem anderen Zusammenhange an.

1. Zeit.

Ein zeitlich unbeschränktes (unbetagtes) Forderungsrecht kann vom Gläubiger sofort geltend gemacht und vom Schuldner sofort erfüllt werden.[4]) Im Zweifel gilt die Zeitbestimmung als zu Gunsten des Schuldners gesetzt[5]), weßhalb der Gläubiger vor der Zeit nicht fordern, der Schuldner aber vor der Zeit leisten kann.[6]) Letzteres fällt weg, wo die Zeitbestimmung den Vortheil des Gläubigers bezweckt.

Einen nothwendigen Aufschub kann die Beschaffenheit der Leistung (z. B. domum aedificari, l. 14, l. 73 pr. D. de V. O., 45, 1) mit sich bringen, so daß die frühere Forderung oder Leistung sich von selbst verbietet.

Ist die Erfüllungszeit dem Belieben des Schuldners überlassen, so ist der Natur der Sache nach darunter bald eine beliebige Frist[7]), bald, besonders bei lucrativen Geschäften, Aufschub bis nach dem Tode des Verpflichteten zu verstehen.[8])

---

[1]) wie dies z. B. Mommsen, Beiträge I S. 162, 163, 165 und 170, thut.

[2]) l. 44 pr. D. de O. et A. 44, 7: obligationum causae § 1 ex die incipit obligatio, cujus natura haec est, ut ante diem non exigatur.

[3]) cfr. z. B. l. 10 C. act. empt. v. 4, 49: cum venditorem carnis fide conventionis rupta tempore placito hanc non exhibuisse proponas, empti actione eum quanti interest tua tunc tibi praestitam fuisse apud praesidem provinciae convenire potes. Es ist daher nicht genau, zu sagen, daß in diesen Fällen Zeit und Ort gerade zur Contractsbedingung gemacht seien.

[4]) l. 14 D. de R. J. 50, 17.

[5]) l. 41 § 1 D. de V. O. 45, 1: diei adjectionem pro reo esse, non pro stipulatore. Entw. d. B. G.-B. § 231 Al. 2.

[6]) l. 70 D. de sol. 46, 3: quod certa die promissum est, vel statim dari potest, totum enim medium tempus ad solvendum promissori liberum relinqui intelligitur.

[7]) Die Entscheidung der l. 46 § 2 D. de V. O. 45, 1 betreffs der stipulatio, cum volueris ist nicht unbedingt maßgebend.

[8]) l. 41 § 13 D. de leg. 3 (32): Scaevola respondit; cum heres scriptus rogatus esset, cum volet, alii restituere hereditatem; interim non est compellendus ad fideicommissum. Claudius: post mortem utique creditur datum.

Gegen die Natur der Sache hat die gemeinrechtliche Praxis dem dies certus die Bedeutung beigelegt, daß er die Interpellation ersetze, so daß der Schuldner beim Eintritt desselben unaufgefordert zu leisten hat (dies interpellat pro homine).[1])

Unter Umständen kann das Interusurium (commodum temporis oder repraesentationis) in Frage kommen, sei es, daß es sich um den Werth handelt, den eine betagte Forderung in einem gegebenen früheren Zeitpunkt repräsentirt, sei es, daß es sich um die frühere Auszahlung einer solchen Forderung handelt.[2]) Von den verschiedenen Methoden zur Berechnung des Interusurium ist die sog. Carpzov'sche[3]), welche den Forderungsbetrag einfach um die Zinsen der Zwischenzeit kürzt, ihrer offensichtlichen Unrichtigkeit wegen vorweg auszuscheiden, andererseits aber weder die sog Hoffmann'sche Methode, welche ein Kapital x sucht, das zuzüglich der Zinsen der Zwischenzeit den geschuldeten Kapitalsbetrag ergiebt, weil sie darin fehlt, daß sie die in manchen Fällen, z. B. bei größeren Beträgen immerhin nicht auszuschließende Möglichkeit von Zinseszinsen unberücksichtigt läßt, noch die sog. Leibnitz'sche Methode, weil sie ihrer principiellen Richtigkeit unerachtet wieder gerade darin fehlt, daß sie jene Möglichkeit überall voraussetzt, vom praktischen Standpunkt[6]) durchaus billigenswerth, vielmehr erscheint es den realen Verhältnissen am besten zu entsprechen, zwischen den nach den beiden zuletztgenannten Methoden sich ergebenden Beträgen des Interusurium den Durchschnitt zu ziehen und diesen Durchschnittsbetrag in Ansatz zu bringen.[7])

Wider den Willen des Gläubigers ist der Schuldner zum Abzug des Interusurium bei früherer Zahlung nicht befugt, auch dann nicht, wenn der Gläubiger mit der vorzeitigen Zahlung einverstanden und die Schuld unverzinslich ist.[8])

2. Ort.

Die Festsetzung des Erfüllungsorts hatte ursprünglich bei obligationes stricti juris auf dare eine analoge Bedeutung, wie die Festsetzung des dies:

---

[1]) S. hierüber Windscheid, P. § 278, 1, der in l. 10 C. de a. e. v. 4, 49 einen Fall zu erkennen glaubt, wo nach dem Sinne der Befristung der Schuldner ohne Mahnung an dem festgesetzten Zeitpunkt leisten müsse. S. dagegen: Mommsen, Beitr. 3 S. 88. Cohnfeldt, Interesse S. 190. Dernburg, P. § 40 Anm. 13.

[2]) S. die Aufzählung der einzelnen Fälle bei Windscheid, P. § 274, Anm. 1. Dazu der Fall der Konk. O. § 58.

[3]) von Ben. Carpzov, opus decis. 1704. P. 3 dec. 275 nach l. 88 § 3 D. ad leg. Falc. 35, 2.

[4]) von Hoffmann, Prudentia oecon. Anh. 1731.

[5]) Leibnitz, medit. juridico-math. de interusurio simplici in den Acta Eruditorum p. 425, 599. Dazu Oettinger, Arch. f. civ. Prax. 29, 2, 1846.

[6]) Den praktischen Gesichtspunkt macht geltend Keil, Das Interusurium 1854.

[7]) Mit Recht erklärt sich Dernburg P. § 35 Anm. 4 gegen die elektive Anwendung der einen oder anderen Methode. Die elegantia juris verbietet dies.

[8]) A. M. Puchta, P. § 241 zu Note f.

Richtig: Entw. d B. G.-B. § 232. Bei einer verzinslichen Schuld kann ohnehin vom Abzug des Interus. keine Rede sein.

Wie nicht vor Eintritt des festgesetzten Erfüllungstermins, so konnte auch nicht an einem Ort als dem festgesetzten Erfüllungsort geklagt werden.[1]) In Folge der actio de eo quod certo loco änderte sich dies dahin, daß auch an einem anderen Orte als dem festgesetzten Erfüllungsorte geklagt werden durfte, der letztere in der Intentio und demnächst bei der Abschätzung des Interesse berücksichtigt werden mußte, ein Recht, das bei bonae fidei judicia sich ohne Weiteres von selbst verstand.

Für das heutige Recht folgt daraus, daß in jedem zulässigen Gerichtsstand auf Leistung an dem festgesetzten Erfüllungsort geklagt werden kann.

Im Uebrigen braucht die Leistung an einem anderen als dem festgesetzten Orte weder angenommen noch erboten werden.

Ist der Erfüllungsort weder besonders festgesetzt noch durch die Natur der Leistung gegeben, so ist er nach der muthmaßlichen Absicht der Parteien und der Natur des Schuldverhältnisses zu bestimmen.[3])

Ist ein besonderer Erfüllungsort nicht erkennbar, so ist der Schuldner an jedem Ort zu leisten, und consequent der Gläubiger an jedem Ort, wo die Leistung sich bewirken läßt, zu forderen befugt.

Wenn es mehrfach in den Quellen heißt, daß an dem Ort zu erfüllen sei, wo geklagt werde, so kann dies nur auf Fälle bezogen werden, wo thatsächlich Klage erhoben wird, keineswegs aber kann es der Sinn sein, daß zunächst Klage erhoben werden müsse, um überhaupt erst einen Erfüllungsort zu erhalten. Denn die Frage, ob die Klage an dem betreffenden Ort zu Recht oder zu Unrecht erhoben wird, setzt eben das Vorhandensein eines richtigen Erfüllungsorts voraus.

Man kann daher nur annehmen, daß durch jene Aussprüche die Frage nach dem rechten Erfüllungsort noch nicht entschieden ist, vielmehr daß die Quellen hierüber schweigen und die Beantwortung der Frage für selbstverständlich gehalten haben.[4]) In der That folgt der Natur der Sache nach, daß ein Forderungsrecht, das örtlich unbeschränkt ist, an sich eben an jedem Orte geltend gemacht werden kann.

Praktisch wird dies in den meisten Fällen dahin zu stehen kommen,

---

[1]) l. 1 D. de eo quod certo loco 13, 4.

[2]) § 33 J. de act. 4, 6.

[3]) Dahin gehört, daß individuelle Sachen da zu leisten sind, wo sie sich ohne dolus des Verpflichteten befinden bezw. zur Zeit des Vertragsschlusses befanden (Art. 324 H.-G.-B. Al. 2), und billigerweise dem Gläubiger nicht versagt werden kann, auf seine Gefahr und Kosten sich die Sache nach einem beliebigen anderen Ort senden zu lassen, vorausgesetzt, daß er die Kosten zur Disposition stellt, damit der Schuldner nicht weiter belastet und sofort in den Stand gesetzt wird, die erforderliche Mühewaltung durch einen Anderen verrichten zu lassen. l. 11 § 1 D. ad exhib. 10, 4, l. 12 § 1 D. dep. 16, 3, cfr. l. 38 D. de jud. 5, 1. l. 108 D. de leg. 1e (30). Unter dieser Voraussetzung hat es auch kein Bedenken, auch bei generischen Gegenständen dem Gläubiger dieselbe Vergünstigung einzuräumen. A. M. Windscheid, P. § 282 N. 5 und Ihering, Jahrb. 4 S. 427—428. Ueber das besondere Recht bei Vermächtnissen (Fideicommissen) l. 40 pr. D. de jud. 5, 1. l. un. C. ubi fideic. 3, 17 (Ort, wo sich der größere Theil der Erbschaft befindet).

[4]) So richtig: Windscheid, P. § 282 Note 4.

daß der Gläubiger den Schuldner in seinem Wohnsitz aufsuchen muß und mag deßhalb der Wohnort des Schuldners als der ordentliche Erfüllungsort gelten, und zwar wird zweckentsprechend der Wohnort des Schuldners nicht sowohl „zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses" (Entw. d. b. G.-B. § 230) als vielmehr „zur Zeit der Fälligkeit und Geltendmachung des Forderungsrechts in Betracht zu ziehen sein.[1])

Andere Erwägungen greifen Platz, wo es sich darum handelt, an welchem Ort der Schuldner zu leisten hat. Billigerweise kann hier nur der Wohnsitz des Gläubigers zur Zeit der Eingehung der Verbindlichkeit in Betracht kommen, da es eine Erschwerung für den Schuldner enthält, wenn er sollte dem Gläubiger in jeden späteren Wohn- oder Aufenthaltsort desselben mit der Zahlung folgen müssen. Zwischen dem Interesse des Gläubigers und des Schuldners bietet hier einen billigen Ausgleich der Satz: daß im Falle der Aenderung des Wohnsitzes des Gläubigers die Geldzahlung auf Kosten und Gefahr desselben nach dem späteren Wohnsitz zu übersenden ist (§ 230 Al. 2 d. Entw.).

Bei alternativem Erfüllungsort hat der Schuldner bis zur Klage die Wahl, während von der Klageerhebung ab der Ort der Klage maßgebend wird.[2])

§ 73. Inhalt der Geldschuld insbesondere.*)

Geld ist Edelmetall in Münzform, d. i. in Form geprägter, im Verkehr als Zahlungs- und Austauschmittel gangbarer Stücke.

1. Materiell geht daher die Geldschuld, als eine solche, die eine Geldsumme zum Gegenstand hat, auf eine bestimmte, entsprechende Quantität Edelmetall in einer diese darstellenden Anzahl von Geldstücken. Hieraus folgt, daß das Steigen oder Sinken des Courses der Geldstücke auf den Inhalt der Geldschuld völlig einflußlos ist und dieser immer in der der ausgedrückten Geldsumme entsprechenden Quantität von Edelmetall bezw. Geldstücken besteht.

Ist daher seit Eingehung der Schuld der Courswerth gestiegen, so hat der Schuldner dennoch soviel Münze zurückzuzahlen, als bei Eingehung der Schuld zur Darstellung der Schuldsumme erforderlich war, z. B. bei einer Forderung von 100 Silbergulden hat der Gläubiger stets und immer, ohne Rücksicht auf Steigen und Fallen des Courswerthes, 100 Silbergulden zu beanspruchen, ebenso wie wenn er eine Forderung auf 100 Scheffel Weizen

---

[1]) Künstlich ist die Unterscheidung von Reatz, Lehre vom Erfüllungsort 1862 S. 25, 74 flgd., zwischen Obligationen zum Vortheil des Gläubigers und Obligationen zum Vortheil des Schuldners.

[2]) Die Erwägung der l. 2 § 3 D. de eo quod certo loco, 14, 3: alioquin tollis creditori actionem, dum vis reservare reo optionem ist auch für das heutige Recht durchschlagend, und zwar nicht bloß bei alternativer Festsetzung des Erfüllungsorts, sondern auch bei alternativer Festsetzung der Erfüllungsart.

*) v. Savigny, Obl. I S. 403 flgd. v. Vangerow, Pand. III § 570. Windscheid, P. § 256. G. Hartmann über den rechtlichen Begriff des Geldes und den Inhalt von Geldschulden (1868). Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts I S. 1060—1231. Hasner in Grünhuts Ztschr. 7, 1. Bekker, Couponprocesse 1881.

hätte. Der Gewinn kommt dem Gläubiger zu Gute, wie ihn andererseits der Verlust trifft, wenn inzwischen die Münze im Werth gefallen ist, da er in diesem Fall keine den Coursverlust deckende Zuzahlung verlangen kann.[1])

Ebensowenig wie der Veränderung des Courswerthes kann der Veränderung des Tauschwerthes und der Kaufkraft der Münze principiell irgendwelcher Einfluß auf den Inhalt der Geldschuld zugestanden werden.[2])

Die Unrichtigkeit der Ansicht, welche den Courswerth zur Zeit der Zahlung als Maßstab für den Inhalt der Geldschuld, sei es überhaupt[3]), sei es wenigstens für Darlehns- oder ähnliche Forderungen[4]), annehmen will, ergiebt sich sonach schon aus der vorstehend entwickelten materiellen Natur der Geldschuld und ist es nicht nöthig, zur Beseitigung der Inconvenienz, zu welcher die Berücksichtigung des Courswerths in diesem Falle führt, zu der übrigens völlig willkürlichen Unterstellung eines „eher auf den Nennwerth, als auf den Courswerth" gerichteten Parteiwillens[5]) zu greifen oder auf die höhere Aufgabe, welche sich der Staat mit dem Münzwesen stellt, zu verweisen[6]), ein überdies werthloses Argument, da mit Recht hervorgehoben wird, daß die Thätigkeit des Staates bei Schaffung des Geldes wesentlich nur eine vermittelnde ist und durch eine Art zwangsweiser Fixirung des Inhalts der Geldschulden aus ihren natürlichen Grenzen heraustreten würde.

2. Aus dem formellen Bestimmungsmoment der Geldschuld, daß sie auf Metallstücke gerichtet ist, die als Zahlungs- und Tauschmittel gangbar und tauglich sind, folgt: daß die Geldschuld nicht nothwendig in der Münzsorte abgetragen werden braucht, in der sie ausgedrückt ist, sondern der Schuldner auch in jeder beliebigen anderen ebenso tauglichen und gangbaren, gleichviel ob inländischen oder ausländischen Sorte zahlen darf.[7])

---

[1]) Nicht zu billigen und überdies principlos ist es, wenn das sächs. bürgerl. G.-B. bloß in dem Fall, daß eine nähere Bestimmung über die Münzsorte nicht getroffen ist, den früher empfangenen Werth (§ 667), dagegen in dem Fall, daß in bestimmten Münzsorten zurückgegeben werden sollte und deren Werth sich geändert hat, den Werth der empfangenen Summe zur Zeit und am Ort der Rückgabe (§ 668) als Gegenstand der Rückgabe gelten läßt.

[2]) Eine andere Frage ist, ob nicht vermöge der clausula rebus sic. st. bei rapider Verringerung des Tauschwerths eine anderweite, den veränderten Verhältnissen entsprechende Normirung des Aequivalents, welches durch die betreffende Geldsumme dargestellt wird, gefordert werden kann. Vergl. hierüber v. Vangerow, P. § 570 Anm. 4, der jedoch Fälle berührt, in denen die anderweite Normirung praktisch nicht durchführbar sein dürfte.

[3]) z. B. v. Vangerow, P. § 570 Anm. Nr. 2.

[4]) So Windscheid, P. § 256 zu Note 17.

[5]) So Windscheid, § 256, 3.

[6]) mit Hartmann S. 83 und Goldschmidt Handb. S. 1070 flgd.

[7]) Vergl. v Vangerow, P. § 570 Anm. 1.

Windscheid, P. § 256, 1, 2.

A. M. Dernburg, P. 2 § 26, A. 7.

Ohne zutreffenden Grund beschränkt auch das sächs. bürgerl. G.-B. § 665 die bei der Zahlung zulässige Münze auf die „zur Zeit und am Ort der Zahlung gültigen inländischen oder diesen durch Gesetz gleichgestellten ausländischen Münzsorten. Zu eng ist auch der Entw. d. B. G.-B. § 215, wonach eine im Inland zahlbare Geldschuld in Reichswährung auch dann zu bewirken ist, wenn die Schuld in ausländischer Währung ausgedrückt ist.

Unter der Voraussetzung gleicher Tauglichkeit des Zahlungs- und Tauschmittels ist schlechterdings nicht erfindlich, weßhalb der Gläubiger zur Zurückweisung der anderen Sorte berechtigt sein sollte, sein Verlangen, daß genau die verschriebene Sorte gezahlt werde, würde einfach als chicanös erscheinen und keine Berücksichtigung verdienen. Insbesondere läßt sich die Ansicht, daß schlechterdings die verschriebene Sorte geleistet werden müsse, auch wieder nicht in Beschränkung auf das Gelddarlehen aufrecht erhalten, da aus dem Requisit, daß das Darlehen in res ejusdem generis zurückzuerstatten sei, nur eben folgt, daß Geld, nicht auch, daß gerade die Sorte, in der das Darlehen ausgezahlt oder auch die Rückzahlung bedungen ist, gezahlt werden muß. Die vielbesprochene l. 99 D. de sol. 46, 3: Creditorem (Florent. debitorem) non esse cogendum, in aliam formam nummos accipere, si ex ea re damnum aliquid passurus est, beweist nicht gegen, sondern mittelst argument. a contr. sogar für die hier vertretene Ansicht: sobald kein Nachtheil für ihn entsteht, müssen Gläubiger oder Schuldner auch jede beliebige andere Sorte annehmen, als die bedungene oder diejenige, in der das Darlehen gegeben ist.

Die Auslegungsfrage, ob nicht schon darin, daß ein Darlehen in einer gewissen Münzsorte hingegeben wird, die stillschweigende Vereinbarung der Zurückzahlung derselben Sorte liegt, ist an sich zu verneinen, nach dem Vorstehenden aber auch ohne alle praktische Bedeutung. Sogar in einer ausdrücklichen Festsetzung, daß das Darlehen in derselben Münzsorte zurückgezahlt werden solle, als es gegeben, sowie in dem Vermerk: daß ein Darlehen von so und soviel Stück einer gewissen Sorte gegeben sei, liegt möglicherweise und sogar häufig nur die nähere Bezeichnung des gegebenen Darlehensbetrages.

Selbstredend brauchen eingezogene, verrufene oder gar unechte und beschädigte Münzen nicht angenommen werden, und Scheidemünze ihrer Bestimmung gemäß nur in dem beschränkten, gesetzlich zugelassenen Maße.

Unbedenklich zulässig ist dagegen die Abtragung einer in Silberwährung ausgedrückten Schuld durch Münzsorten der Goldwährung und umgekehrt, vorausgesetzt, daß nicht der Gläubiger dadurch in Nachtheil kommt.

Ueberall, wo statt der vorbedungenen oder in der contrahirten Schuld selbst ausgedrückten Sorte eine andere Sorte angenommen werden muß, kommt es zu einer Umrechnung, bei welcher der Courswerth[1]) zu Grunde zu

[1]) Z. B. eine Schuld in Francs wird abgetragen in D. R.-W. zum Course von 20 Fr. = 16,24 M. Entscheidend kann nur sein der Cours zur Zeit der Fälligkeit und Zahlung bezw. Mora, da es darauf ankommt, daß der Gläubiger erhält, was ihm in diesem Zeitpunkt gebührt.

Dasselbe Princip gilt für die Umrechnung im Fall eines Währungswechsels, z. B. beim Uebergang von der Silber- zur Goldwährung. Die im freien Verkehr (auf dem Weltmarkt) geltende Werthrelation zwischen Silber und Gold kann hier allein den Anhalt für die Umrechnung liefern und wird auch den Courswerth bestimmen. Die vom inländischen Gesetzgeber erlassene Umrechnungsnorm bindet weder den ausländischen Schuldner noch den ausländischen Gläubiger und ist deren Berücksichtigung auch nicht, wie Hartmann, internat.

legen ist, immer aber dem Gläubiger eine der ausgedrückten Schuldsumme (z. B. von 100 Silbergulden) entsprechende Anzahl von Geldstücken, nicht also etwa der entsprechende rohe Metallgehalt, berechnet werden muß.

Wenn die vorbedungene oder in der contrahirten Schuldsumme ausgedrückte Münzsorte aus dem Verkehr entschwunden oder nur mit unverhältnißmäßigen Kosten zu erlangen ist, muß ohnehin der Gläubiger sich mit einer beliebigen anderen, gangbaren Sorte begnügen und ist jene — in Ermangelung eines Courswerthes — bei der Umrechnung nach ihrem Metallwerth in Ansatz zu bringen. Bei einer Veränderung des Münzfußes ist die Schuldsumme nach dem neueren Münzfuß umzurechnen. Der Gläubiger braucht nicht Stücke des leichteren Münzfußes an Stelle von Stücken des schweren annehmen, und darf umgekehrt nicht Stücke des schwereren statt Stücke des leichteren fordern.

3. Die alternative Festsetzung verschiedener Münzsorten ist wegen der möglichen, die eine oder andere Sorte betreffenden Coursschwankungen wichtig. Eine alternative Festsetzung ist anzunehmen, auch wenn nicht gerade die Alternativpartikel gebraucht, sondern die verschiedenen Sorten einander gleichgesetzt sind (z. B. 100 Gulden österreichisch = 200 Mark deutsche Reichswährung = 250 Francs), da die Gleichsetzung eben bedeutet, daß statt der einen auch die andere Sorte soll gefordert bezw. gegeben werden können.

4. Von der Geldschuld ist die eigentliche Geldsortenschuld zu unterscheiden, d. i. diejenige, bei der es auf Stücke gerade der bestimmten Sorte als Waare abgesehen ist, und des besonderen Zweckes wegen, z. B. wegen des Handels mit einem Lande, wo nur die bestimmte Sorte gangbar — Stücke anderer Sorte von der Lieferung ausgeschlossen sind. Im Fall culposer Nichterfüllung ist hier der Marktpreis zu leisten.

Münzen können auch in specie Obligationsgegenstände sein. Hier geht die Schuld streng auf die individuellen Stücke, und ist im Fall culposer Nichterfüllung Schadensersatz nach den gewöhnlichen Grundsätzen zu leisten.

5. Papiergeld ist Zeichengeld, indem es die Stelle baaren Geldes vertritt. Eine Schuld, die in Papiergeld contrahirt ist, kann durch Papiergeld gleicher Güte getilgt werden. Als letzteres können jedoch nicht mehr

---

Geldsch. S. 50 flgd., glauben machen will, ein Postulat der bona fides. Eher ließe sich behaupten, daß der Richter auf Grund der faktisch geltenden Werthrelation den Umrechnungsmodus nach billigem Ermessen festzusetzen hat. Selbstverständlich kann hiebei wieder nur die Werthrelation zur Zeit der Fälligkeit, nicht aber die zur Zeit der Entstehung der Obligation oder gar die zu dem ganz zufälligen, außer aller Beziehung zu dem Forderungsrecht stehenden Zeitpunkt des Währungswechsels in Betracht kommen. Das Reichsgericht Bd. 19 S. 52 flgd. umgeht die Entscheidung der Frage und hilft sich durch eine forcirte Willensinterpretation, wonach der österr. Emittent sich eventuell der deutschen Umrechnungsnorm unterworfen habe. In dem entschiedenen Fall lag die Sache übrigens sehr einfach. Die Schuldnerin hatte den auf 5 Thlr. alter Silberwährung ausgestellten Coupon eben mit 5 Thlrn. einzulösen, oder, falls sie dies nicht wollte, dafür 15 M. zu geben, da in Deutschland 5 solche Thlr. = 15 M. gelten, und dies ihren Courswerth darstellt.

Noten desselben Staates gelten, wenn ohne entsprechende Verstärkung der Metallbedeckung der Notenumlauf übermäßig vermehrt ist oder gar der Staatsbankerott droht, da die Staatsnoten im Wesentlichen nur Schuldtitel, „Theile einer schwebenden Schuld" sind und ihr Werth mit der Bonität des Schuldners wechselt. Im Uebrigen kann kein Gläubiger, ohne dem Vorwurf der Chikane zu entgehen, es ablehnen, Staats- oder Banknoten zum Course anzunehmen.

2. Abschnitt: Prästationspflicht (Einstandspflicht).

§ 74. Im Allgemeinen.

Die Prästationspflicht bezeichnet den Grad der Verpflichtung, die Grenze, bis zu der man für die Erfüllung haftet. Sie besagt, daß man in Bezug auf den Obligationsinhalt in der Regel für casus nicht, wohl aber für culpa und jedenfalls für dolus einzustehen hat, daß also der Obligationszweck innerhalb des von ihm umgrenzten Gebietes die Vermeidung von dolus und culpa bezw. die Anwendung von Diligenz verlangt (id est ut a te dolus malus absit et culpa l. 68 D de c. empt. 18, 1).

Was außerhalb der durch die Prästationspflicht gezogenen Grenzen liegt, belastet den Schuldner nicht. Die unverschuldete objective Unmöglichkeit und unter Umständen: bei Abwesenheit von dolus und vertretbarer culpa sogar die sog. subjective Unmöglichkeit[1]) wirkt Befreiung. Wie die befreienden Ereignisse bei den einzelnen Obligationen beschaffen sein müssen und insbesondere ob bei bonae fidei obligationes dazu schon das bloße Abhandenkommen des Schuldgegenstandes gehört[2]), interessirt für die Prästationspflicht nicht, da diese voraussetzt, daß im gegebenen Fall eben eine Befreiung und Aufhebung der Verpflichtung nicht eingetreten ist, also „das Soll der Obligation sich nicht bricht", aber Umstände vorliegen, durch welche die thatsächliche Durchführung und Realisirung derselben vereitelt wird und diese Vereitelung der Erfüllung auf einem Verschulden des Verpflichteten beruht. Insbesondere ist es für die Prästationspflicht gleichgültig, ob das Hinderniß eine objective (wahre, dauernde) oder subjective (uneigentliche, zeitweilige) Unmöglichkeit, z. B. Mangel der zur Vornahme der Leistung erforderlichen rechtlichen oder factischen Disposition[3]) darstellt. Denn die Verschuldung bewirkt, daß auch bei wahrer Unmöglichkeit die Verpflichtung fortbesteht.

---

[1]) Die Bezeichnungen: objective und subjective Unmöglichkeit empfehlen sich durch ihre Kürze und sind unverfänglich, sofern man sich nur bewußt bleibt, daß die sog. subjective Unmöglichkeit keine wahre Unmöglichkeit ist. Es ist daher kein Grund, mit Hartmann, Oblig. S. 168 flgd., diese Bezeichnungen schlechthin zu verwerfen.

[2]) S. hierüber Hartmann, Oblig. S. 240 flgd.

[3]) s. hierüber Mommsen, Beiträge I S. 12—21.

l. 20 D. dep. 16, 3. l. 98 § 8 D. de sol. 46, 3: ut videatur magis obligatio cessare, quam extincta esse. Mommsen, Beiträge I S. 295.

Die Erwägung, daß der Schuldner nicht einseitig und am wenigsten durch seine culpa sich freimachen darf, führte schon im älteren Civilrecht zur Perpetuation der Obligation, d. i., der Tendenz des älteren Civilrechts entsprechend, zur völligen Negation der Wirkungen der culpa[1]), so daß die Obligation trotz der Unmöglichkeit der Leistung als auf ihren ursprünglichen Gegenstand fortdauernd gerichtet erachtet wurde, perinde — ac si ea res exstaret[2]) Damit zog das ältere Civilrecht nur streng die Consequenz aus dem Begriff der Obligation, welcher die Willkür des Schuldners in Bezug auf den Fortbestand seiner Gebundenheit schlechterdings ausschließt.[3]) Die Perpetuation griff ebenso bei verborum obligationes als bonae fidei obligationes Platz[4]), und bezweckte, was praktisch gerade das Wichtigste war, dem Gläubiger die bisherige Klagformel[5]) und die Disposition über das Forderungsrecht zu erhalten. Materiell betrachtet, war die Fiktion der Fortdauer der Obligation freilich nur die den Schadensersatz: die Interesseleistung vermittelnde Form. Deßhalb ist es aber noch nicht gerechtfertigt, mit Hartmann, Obligat. S. 231, 233, vorweg bei jeder Obligation einen zweifachen Gegenstand: einen primären, die Naturalleistung, und einen eventuellen, Ersatz des Erfüllungsinteresse, anzunehmen.[6]) Die Obligation hat nur einen Gegenstand, nämlich denjenigen, auf den sie kraft ihres Grundes gerichtet ist, und dies ist bei Obligationen auf Sachleistungen oder facere eben die concrete Sache oder das concrete facere. Alles Andere, insbesondere: die Interesseleistung ist lediglich Folgewirkung der Obligation und ihres durch ihren Grund gegebenen Inhalts. Im heutigen Recht ist die Fiktion der Fortdauer der Obligation entbehrlich und erscheint gleichwohl der Anspruch auf das Erfüllungsinteresse als die schließliche Entwickelung des Forderungsrechts.

Bei der sog. subjectiven Unmöglichkeit, bezw. bei den bloß vorübergehenden Hindernissen der Erfüllung erübrigt sich ohnehin jene Fiktion, da das Forderungsrecht durch jene in keiner Weise afficirt wird und sich die Interesseleistung wie bei willkürlicher Nichterfüllung versteht.

---

[1]) Vergl. oben S. 137 Note 1.

[2]) Paulus, R. S. 7 § 4 l. 31 § 11 D. de aed. ed. 21, 1. cfr. l. 161 D. de reg. J. 50, 17.

[3]) cfr. l. 108 § 1 D. de V. O. 45, 1.

[4]) l. 91 § 3, 6 D. de V. O. 45, 1.
l. 31 § 11 D. de aed. ed. 21, 1. l. 3 § 1 D. commod. 13, 6. l. 1 § 16 D. dep. 16, 3, in welchen Stellen es sich um formulae in factum conc. bei bon. fid. oblig. handelt. Vergl. Neuner, Privatrechtsverh. S. 181 Anm. 4 und S. 183, welchem gegen Hartmann, Obl. S. 233 Note 11 beizustimmen ist.

[5]) l. 91 § 6 D. de V. O. 45, 1: effectus hujus constitutionis ille est, ut adhuc homo peti possit. sed et acceptum ei posse ferre creditur et fidejussorem accipi ejus obligationis nomine. Novari autem an possit haec obligatio, dubitationis est.

[6]) Der primäre und eventuelle Gegenstand müßte immerhin formell als eine primäre und secundäre Obligation gedacht werden, wie die obligatio judicati der formelle Ausdruck für die schließliche Entwickelung des zu Grunde liegenden Forderungsrechts ist. Daß die oblig. judic. ohne diese materielle Grundlage wäre, dürfte wohl Niemand behauptet haben und erscheinen deßhalb die Gegenbemerkungen Hartmann's, Oblig. S. 232 Note 9, als gegenstandslos.

Gegenstand der Präſtationspflicht iſt nach heutigem Recht durchweg das Erfüllungsintereſſe, gegen deſſen Leiſtung der Verpflichtete Abtretung der dem Gläubiger verbliebenen Anſprüche verlangen kann.[1])

Der Gläubiger, der ſein Intereſſe verlangt, hat nicht die ſchuldhafte Vereitelung der Erfüllung durch den Schuldner, ſondern dieſer ſeine Befreiung zu beweiſen, wozu von ſelbſt gehört, daß die Erfüllung ohne ein vertretbares Verſchulden ſeinerſeits vereitelt iſt. Dies gilt insbeſondere auch von dem Falle, daß der Schuldner nur Argliſt zu vertreten hat.[2])

Die Präſtationspflicht, d. i.

die Entſchädigungspflicht in Contractsverhältniſſen, liegt theils auf einem Gebiet, welches ihr mit der nach allgemeinen (aquiliſchen) Grundſätzen eintretenden Schadensersatzpflicht gemeinſam iſt, theils auf einem eigenthümlichen, ſpecifiſchen Gebiet. In beiden Beziehungen iſt das Zweckmoment wirkſam. Die allgemeine, aquiliſche Entſchädigungspflicht erhält einen beſonderen rechtlichen Charakter dadurch, daß die culpoſe Handlung zugleich den Contractszweck verletzt, und wird hierdurch in das Gebiet der Contractsanſprüche herübergezogen. Die ſpecifiſch contractliche Entſchädigungspflicht hingegen beruht auf der Verletzung der durch den Contractszweck gegebenen beſonderen rechtlichen Beziehungen. Man könnte geneigt ſein, dieſelbe auf eine ſtillſchweigende, „indirekte und unausgeſprochene“ Uebernahme bei Eingehung des Contracts zurückzuführen.[3]) Allein dies würde auf eine bloße Fiktion hinauslaufen und Nichts erklären, auch findet ſich dafür kein quellenmäßiger Anhalt. Die Haftung wegen Contractsverletzung ergiebt ſich vielmehr einfach aus dem Contractszwecke durch Anwendung des logiſchen Satzes vom Widerſpruch. Wenn die Parteien über einen beſtimmten Zweck übereingekommen ſind, und nach dem Contractswillen ein beſtimmter Erfolg in's Werk geſetzt werden ſoll, ſo liegt darin von ſelbſt, daß jede dem Zweck widerſprechende, den Erfolg vereitelnde Thätigkeit der Parteien ausgeſchloſſen ſein ſoll, und ferner, daß eine jede derartige Thätigkeit vom Standpunkt des Contractes aus als widerrechtlich, alſo als Rechtswidrigkeit im Sinne des Contracts erſcheinen mußte. Dieſe Rechtswidrigkeit greift aber nicht bloß da Platz, wo durch den Contractszweck eine Leiſtungspflicht geſetzt iſt, es ſich alſo um Verletzung eines klagbaren Forderungsrechts handelt, ſondern ſchlechthin für alle durch den Contractszweck gegebenen rechtlichen Beziehungen, alſo auch da, wo eine ſolche Beziehung ſich nicht als

[1]) l. 25 § 8. l. 60 § 2 D. loc. 19, 2. l. 12 D. de re jud. 42, 1. l. 63, 69 D. de R. V. 6, 1.

[2]) Windſcheid, P. § 265 Anm. 17. Entwurf des bürgerlichen Geſetzbuchs § 239. Der Widerſpruch Hartmann's, Obl. S. 247, bezüglich der Argliſt erſcheint mir gegenſtandslos, da nicht verlangt wird, daß der Schuldner ſich von dem Verdacht des dolus „noch beſonders reinigen müßte“, ſondern für ſeine Exculpirung genügt, was auch Hartmann erfordert, daß der Gegenſtand auf eine Weiſe, „die nicht den Stempel einer eigenen doloſen Herbeiführung an der Stirn trägt“, ihm abhanden gekommen iſt.

[3]) wie dies in der That Dernburg, Pand. II S. 96 will.

klagbarer Anspruch darstellt, wie z. B. betreffs der Gewährung des Gebrauchs Seitens des Commodanten, der Gewährung der Pfandsicherheit Seitens des Pfandbestellers, da das röm. Recht ein klagbares pactum de commodando, oppignorando nicht anerkennt. Es ist daher nicht richtig, wie dies allerdings gewöhnlich geschieht, die contractliche Entschädigungspflicht auf die Verletzung der contractlichen Leistungspflichten und wirklichen Forderungsrechte einzuschränken und lediglich als eine „Haftung des Contractsschuldners" aufzufassen[1]), vielmehr kann dieselbe auch den nicht obligationsmäßig verpflichteten Gläubiger treffen. Freilich, wenn man das Contractsverhältniß nicht in seiner Totalität erfaßt, sondern immer nur von Seiten der Leistungspflicht ansieht, bleibt für eine derartige Haftung des nichtverpflichteten Gegen-Contrahenten kein Raum.

Es ist interessant, wie Arndts, Pand. § 284 Anm. 2 in dem richtigen Gefühl von der Unzulänglichkeit jener Betrachtungsweise beim Commodat zu der Bemerkung kommt, „daß allerdings schon im R. R. auch auf Seiten des Commodanten Verbindlichkeiten anerkannt werden, die über das Wesen einer re contracta obligatio hinausgehend, eigentlich nur aus dem an sich noch unverbindlichen Vorvertrage oder aus dem ganzen Geschäft als bonae fidei negotium sich ableiten lassen, so die Verbindlichkeit, die Sache nicht zur Unzeit zurückzuverlangen und insbesondere die Haftung des Commodanten wegen culposer Verschweigung der Schadhaftigkeit der Sache." Der bewährte Rechtslehrer war hier der Wahrheit in der That sehr nahe gekommen! Aber es war ein Fehlgriff, für die bezeichneten Fälle eine Art von Verbindlichkeit zu statuiren, vielmehr verhält es sich damit folgendermaßen: die actio commodati ist ipso jure noch nicht begründet, wenn die Sache vor der Zeit zurückgegeben werden soll, da der etwaigen Vindikation in diesem Fall die exceptio doli entgegenstehen würde. Die dolose oder culpose Hingabe der schadhaften Sache zum Gebrauch aber würde schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Ersatzpflicht (actio doli, legis Aquiliae utilis) begründen, wie z. B. auch derjenige, der aus einem publicistischen Grunde zum Unterhalt einer Brücke oder des Straßenpflasters verpflichtet, durch die Verwendung fehlerhaften Materials oder Verabsäumung der Reparatur dem beschädigten Passanten ersatzpflichtig wird, obwohl er zu diesem selbst in keinem Contracts- oder Quasicontractsverhältniß steht. Diese allgemeine Entschädigungspflicht nimmt einen contractlichen Charakter dadurch an, daß die Hergabe der fehlerhaften Sache bezw. die Verwendung und Hergabe des schadhaften Materials im Falle eines dem Beschädigten gegenüber eingegangenen Contracts- oder Quasicontractsverhältnisses erfolgte und ist das Contracts- oder Quasicontractsverhältniß nur die Gelegenheitsursache für die Zufügung einer widerrechtlichen Beschädigung (damnum injuria datum) durch den Geber, wie denn auch der Commodant mittelst des contrarium judicium haftet und im directum judic. sich die Compensation gefallen lassen muß, l. 17 § 3, l. 18 § 4 D. commod. 13, 6.

---

[1]) So noch neuestens Dernburg a. a. O.

Geht man von dem Zweckmoment als dem Contractsverhältniß in seiner Totalität beherrschenden Princip aus, so kommt man zu folgendem Resultat: Objectiv rechtswidrig im Sinne des Contracts ist jedes Thun und Lassen, was dem Contractszweck zuwiderläuft und ihn vereitelt, insbesondere in Bezug auf die Leistungspflicht jedes Verhalten, wodurch die Erfüllung derselben ganz oder zum Theil vereitelt und unmöglich gemacht wird. Die specifische Wirkung des Zweckmoments aber ist die: daß Etwas an sich, d. h. nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen Rechtmäßiges und Statthaftes in Folge der Gebundenheit für den Zweck fortan unrechtmäßig und rechtswidrig wird, z. B. die Vernichtung der verkauften, noch nicht übergebenen Sache Seitens des Verkäufers, die unterlassene Aufsicht und Fürsorge für die vermiethete Sache Seitens des Vermiethers bezw. nach erfolgter Uebergabe Seitens des Miethers. Ebenso kann aber auch umgekehrt Etwas an sich Unrechtmäßiges durch die Zweckbeziehung rechtmäßig und damit die Voraussetzung des Schadensersatzes hinfällig werden. So z. B. si in hoc commodata sit alicui res, ut eam peregre se cum ferat, alioquin si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad coenam invitaturum se diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione etiam piratarum et latronum et naufragii casum praestare debet l. 18 pr. D. commod. 13, 6, wie auch zweifellos derjenige, der ohne Contract die Gewahrsam einer fremden Sache überkommt und ohne animus furandi diese mit auf Reisen nimmt, für einen derartigen Schaden aufzukommen hat.

Nach der abstracten Consequenz aus dem Zweck macht es keinen Unterschied, ob die Verletzung desselben in einem facere oder non facere, insbesondere Verabsäumung der custodia besteht, vielmehr kommt es lediglich darauf an, ob das facere oder non facere in Wahrheit dem Zweck zuwiderläuft oder nicht. Die Grenze kann hier mitunter zweifelhaft sein und die richtige Entscheidung nur durch scharfe Präcisirung des Zwecks gewonnen werden. Bemerkenswerth ist in dieser Beziehung die Paulusstelle l. 91 pr. D. de V. O. 45, 1:

Si servum stipulatus fuero et nulla mora intercedente servus decesserit: si quidem occidat eum promissor, expeditum est. sin autem negligat infirmum, an teneri debeat promissor? considerantibus, utrum, quem admodum in vindicatione hominis, si neglectus a possessore fuerit, culpae hujus nomine tenetur possessor, ita et cum dari promisit: An culpa, quod ad stipulationem attinet, in faciendo accipienda sit, non in non faciendo? quod magis probandum est, quia qui dari promisit, ad dandum, non faciendum tenetur (Paulus).

Die Entscheidung wird hier — wenn man genau zusieht — nicht auf eine Eigenthümlichkeit der verborum obligatio gegenüber den obligationes bonae fidei, sondern auf den Inhalt der Verpflichtung gegründet, indem diese auf dare: Verschaffung des Eigenthums, also mancipatio, in jure cessio geht und also der Schuldner die Sache gar nicht in seiner Gewahrsam haben, auch gar nicht in der Lage sein braucht, sich mit derselben zu befassen, in casu den Sklaven, an dem er das Eigenthum verschaffen soll, in

der Krankheit abzuwarten, während beim Vindicationsbeklagten, der die Sache in der Gewahrsam hat, sich dies Alles anders verhält. Lediglich der Obligationszweck: die auf dare gerichtete Tendenz der Obligation ist hier also für die Entscheidung maßgebend gewesen. Die Ansicht, daß bei verborum obligationis durchweg die culpa in faciendo zu verstehen sei[1]), ist Nichts als eine falsche Abstraction aus obiger Stelle.

Die Prästationspflicht

bezieht sich entweder auf

die Prästation des casus

oder

die Prästation der culpa (einschließlich dolus).

Die Lehre von der Prästation des casus ist streng auf die Frage zu beschränken, inwiefern der Schuldner bei casueller Unmöglichkeit oder sonstiger unverschuldeter Vereitelung der Obligationserfüllung ersatzpflichtig wird?

Dagegen hängen mit der Prästationspflicht für casus nicht zusammen zwei andere Punkte, die mit dieser Frage von der älteren Theorie in eine allgemeine Lehre vom casus zusammengeworfen sind, nämlich: 1. Der casuelle Untergang von Rechten und Verbindlichkeiten, und 2. die Lehre vom Tragen der Gefahr (periculum).

Der casuelle Untergang der Rechte und Verbindlichkeiten findet seine systematische Stellung in der Lehre von der Aufhebung der Rechtsverhältnisse überhaupt. Sein Hauptanwendungsfall ist der Untergang des Rechts in Folge Wegfalls des Objects bezw. Wegfalls der objectiven Voraussetzungen desselben, bei den Obligationen insbesondere der Fall der unverschuldeten nachfolgenden Unmöglichkeit der Leistung. Die unverschuldete Unmöglichkeit wirkt befreiend: Resolvitur obligatio, cum res in stipulationem deducta sine culpa promissoris in rebus humanis esse desiit. Hingegen

§ 75. Die Lehre vom periculum

dreht sich um die Frage: wer hat den durch das casuelle Ereigniß entstandenen Schaden zu tragen.

1. Begriff.

Wie das Interesse einen hypothetischen Vortheil, bedeutet das periculum einen hypothetischen Nachtheil. Periculum im Allgemeinen bedeutet jeden Nachtheil, der als Folge eines bestimmten Ereignisses in Aussicht ge-

[1]) S. besonders Hartmann, Oblig. S. 228. Windscheid, P. § 265 Note 13. Vorsichtig Dernburg, P. § 37, 1, welcher jene Ansicht gerade nur bei „Stipulationen auf Geben einer bestimmten Sache" gelten läßt.

Richtig: Bethmann-Hollweg, Anh. IV zu Hasse, Culpa S. 553—578.

nommen wird, mag dies Ereigniß casus oder schuldhafte Handlung (dolus, culpa) sein.

Besondere Bedeutung erlangt jedoch der Begriff des periculum erst durch Beschränkung: 1. auf einen Vermögensschaden, 2. auf Fälle, in denen keine culpa, sondern lediglich casus zu Grunde liegt.

Wo culpa vorliegt, kommen die Grundsätze für die Prästation der culpa, nicht aber besondere Grundsätze für das periculum zur Anwendung. Es wird ferner der Causalzusammenhang zwischen dem zu befürchtenden Nachtheil und dem betreffenden Ereigniß erfordert. An diesem Zusammenhang fehlt es, wenn der Nachtheil nicht die Folge des Ereignisses, sondern einer auf dieses Ereigniß gestellten Bedingung ist. Hieher gehören insbesondere die lex commissoria, sowie die nach Analogie des foenus nauticum behandelten Fälle, l. 5 pr. D. de nautico foen. 22, 2: Periculi pretium est, et si conditione quamvis (quavis) poenali non existente recepturus sis, quod dederis et insuper aliquid praeter pecuniam, si modo in aleae speciem non cadat: veluti ea, ex quibus conditiones nasci solent, ut si manumittas, si non illud facias, si non convaluero et cetera. Die Worte: ea, ex quibus conditiones haben einen prägnanten Sinn, indem sie im Gegensatz zu dem Inhalt der der pecunia trajecticia eigenthümlichen Bedingung: daß das Schiff nicht untergeht (ut non alias petitio ejus creditori competat, quam si salva navis intra statuta tempora pervenerit l. 6 D. eod.) auf einen anderweiten, auf eine Thatsache, die an sich nicht schadenbringend ist, gestellten Bedingungsinhalt hinweisen. Der Verlust tritt hier nicht in Folge des Ereignisses an sich, sondern nur wegen der diesem durch die gestellte Bedingung künstlich verschafften Causalität ein, weßhalb diese Fälle durchaus in die Lehre von den Bedingungen zu verweisen sind.

Nach Ausscheidung dieser indifferenten Fälle des periculum erübrigen nur die Fälle, in denen die Verlustgefahr lediglich auf casus beruht. Hier berührt sich der Begriff des periculum mit dem des casus. Casus ist im Allgemeinen Alles, was unabhängig von der Willkür Jemandes geschieht. Wenn durch das casuelle Ereigniß Schaden entsteht, so ist eine Mitwirkung des Betreffenden insofern denkbar, als durch ihn das Object des Schadens in eine Lage gebracht wurde, in der es dem schädlichen Einfluß des Zufalls Preis gegeben wurde, z. B. wenn Jemand einen Gegenstand nach einem Ort schaffte, wo Unfälle gewisser Art (Raub, Wassersgefahr) drohen. In den Quellen wird das zufällige Ereigniß, casus, von dem Thun oder Lassen, durch welches der Gegenstand der Einwirkung des Ereignisses ausgesetzt wurde, scharf unterschieden.[1])

Ob dieses Verhalten eine vertretbare culpa enthält, bestimmt sich nach der Natur des concreten Verhältnisses, ist aber für den Begriff des casus irrelevant. Es berührt daher auch nicht diesen Begriff, sondern die davon

[1]) z. B. § 2 J. quib. mod. re 3, 15: sed propter majorem vim majoresve casus non tenetur, si modo non ipsius culpa is casus intervenit.

ganz verschiedene Frage nach der Zurechnung, wenn in den Quellen davon die Rede ist, ob der casus vorhergesehen werden konnte oder nicht (casus improvisus i. e. improvisibilis). Und von einem anderen Gesichtspunkt hinwieder als dem der Zurechnung versteht sich die Frage: ob der casus abgewendet und ihm Widerstand geleistet werden konnte (casus major, cui humana infirmitas resistere non potest, unüberwindlicher casus). Denn bei der Unüberwindlichkeit handelt es sich nicht, wie bei der Unvorhersehbarkeit, um die Zurechnung und die Schuldfrage, um die Prästation der culpa, sondern um das Maß der anzuwendenden Diligenz, um die Grenze der Pflichterfüllung selbst, weil dem Schuldner Nichts Unmögliches zugemuthet werden kann, also um eine (unmittelbare oder analoge) Anwendung des Satzes: impossibilium nulla obligatio. Während der unvorhersehbare casus besagt, daß den Schuldner keine culpa trifft, bedeutet der unüberwindliche casus, daß er überhaupt zu Nichts Mehren verpflichtet ist, insbesondere die Pflicht zur Diligenz die äußerste Grenze erreicht hat.

Im Begriff des casus an sich liegt daher nicht, ob Jemand für ihn aufzukommen hat oder nicht, vielmehr hängt dies, abgesehen von dem besonderen Fall einer vertragsmäßigen Uebernahme des periculum, davon ab, ob eine vertretbare culpa concurrirt oder nicht. Der Begriff des casus hat an sich keine Beziehung zur Prästabilität oder Nichtprästabilität desselben; Casus an sich bedeutet noch keineswegs einen nichtprästablen Casus. Wenn es nun aber in der praktischen Behandlung von Wichtigkeit ist, ob der Casus zu prästiren ist oder nicht, für Ersteres aber nicht sowohl der Begriff des Casus als das Vorhandensein des die Prästationspflicht begründenden Schuld-Momentes in Frage kommt, so liegt es nahe, daß sich ein prägnanter Begriff von Casus bildet, welcher den Casus als solchen, d. h. den Casus ohne eine concurrirende culpa, ohne culpa interveniens, also den reinen Casus (casus fortuitus) bedeutet. So entsteht ein einfacher Gegensatz zwischen culpa und casus, indem casus in jenem prägnanten Sinne eben die Abwesenheit der culpa in sich schließt.[1])

Der Begriff des casus im engeren Sinne geht somit parallel dem des periculum im engeren Sinne, in welchem dieses die auf reinem casus beruhende Verlustgefahr bedeutet.

2. Arten des periculum.

Die Verlustgefahr kann sich in verschiedenen Richtungen geltend machen. Die Unterscheidungen der älteren Theorie: periculum interitus, deteriorationis, furti vel dejectionis sind nicht erschöpfend. Das gemeinsame Moment aller hieher gehörigen Fälle ist das des Verlustes.

Der Begriff des Verlustes umfaßt bei Sachen: den Untergang, das

---

[1]) l. 11 D. de neg. gest. 3, 5: Si negotia absentis et ignorantis geras et culpam et dolum praestare debes. Sed Proculus: interdum etiam casum praestare debere.

Abhandenkommen, die Verringerung und die Verschlechterung. Dem Untergang steht das Abhandenkommen, die Nichtpräsenz praktisch gleich. Verringerung und Verschlechterung drücken den quantitativen und qualitativen Verlust aus. Nach eben diesen Kriterien bestimmt sich die Unmöglichkeit und der Wegfall einer Sachleistung.

Bei Leistungen, die auf ein Thun oder Unterlassen gerichtet sind, besteht der Verlust in dem Wegfall derselben in Folge eingetretener Unmöglichkeit oder, was äquivalent, unverhältnißmäßiger Schwierigkeit. Das excessiv Schwierige, d. h. das nur unter Aufwendung äußerster, ungewöhnlicher Kraftmittel oder unverhältnißmäßiger Opfer Mögliche gegenüber dem Normalmöglichen, d. h. dem mit gewöhnlichen Mitteln Erreichbaren, ist dem Unmöglichen gleichzustellen.

Die absolute Unmöglichkeit der Leistung[1]) ist mithin weder die einzige noch die wichtigste Form des Verlustes, da nicht minder wichtig und vielleicht noch häufiger die Fälle der Unthunlichkeit der Leistung wegen excessiver Schwierigkeit sind, wozu bei Sachleistungen insbesondere häufig das Abhandenkommen des Objects gehört. Der Wegfall der Sachleistung kann ferner nicht nur von Seiten des Objects, sondern auch von Seiten des Leistungs- und Uebertragungsaktes eintreten, wenn z. B. die dazu erforderliche Disposition durch Rechtsvorschrift oder obrigkeitliche Verfügung entzogen wird, wie im Fall der Confiscation und bei Verwandlung einer res privata und profana in eine res publica oder sacra.[2])

In welcher Gestalt auch das periculum auftritt, überall ist es ein periculum amissionis, Verlustgefahr.

3. Inhalt des Periculum.

Man hat die Frage, worin das Tragen der Gefahr besteht, von jeher casuistisch beantwortet und nicht versucht, die verschiedenen Fälle auf gemeinsame Merkmale zurückzuführen.

Für die Verhältnisse des Sachenrechts begnügte man sich mit dem Hinweis, daß der Berechtigte durch das casuelle Ereigniß einen Rechtsverlust oder eine Werthverminderung des Rechts erleidet.[3]) Bei Schuldverhältnissen wird die Gefahr auf Seiten des Gläubigers darin gefunden: daß casuelle Unmöglichkeit den Schuldner befreit, ohne daß der Gläubiger Ersatz fordern oder seine Gegenleistung zurückhalten kann, auf Seiten des Schuldners hingegen darin, daß er trotz casueller Unmöglichkeit Ersatz leisten muß oder zwar von seiner Verbindlichkeit befreit wird, aber auch sein Recht auf Gegenleistung verliert.

---

[1]) Es ist einseitig, wenn Mommsen I S. 239, 244, 247 lediglich von der Unmöglichkeit der Leistung ausgeht und des Weiteren zwischen dauernder und zeitweiliger Unmöglichkeit unterscheidet, S. 290—295. Ebensowenig kommt das Verlustmoment bei Bechmann, Kauf II S. 99: „Gefahr der thatsächlichen Veränderungen", zur Geltung.

[2]) l. 33 D. locati 19, 2, l. 11 pr. D. de ev. 21, 2, l. 83 § 5 D. de V. O. 45, 1.

[3]) Thibaut, Pand. § 175.

Die nähere Betrachtung dieser Fälle zeigt sofort, daß für die Frage, ob ein casuelles Ereigniß einen Vermögensverlust bedeutet, die Wirkung desselben nicht bloß an und für sich und in Beschränkung auf das davon zunächst betroffene einzelne Object und darauf bezügliche einzelne rechtliche Verhältniß, sondern auch in ihrer Bedeutung für die anderweiten, damit zusammenhängenden Verhältnisse, also in ihrer Gesammtbedeutung für den betreffenden Vermögenskreis in's Auge gefaßt werden muß. So kann es geschehen, daß dasselbe Ereigniß auf der einen Seite Nachtheile, auf der anderen Seite Vortheile bringt, auf der einen Seite Ansprüche zerstört, auf der anderen Seite Ansprüche erzeugt und so zugleich mit der schädlichen Wirkung ein Ersatz und ein Aequivalent geboten wird. Die Anwendung dieses Satzes führt nun zu folgenden Resultaten:

I. Bei Eigenthum und den anderen sachenrechtlichen Verhältnissen bedeutet der casuelle Untergang der Sache für den Eigenthümer oder dinglich Berechtigten einen Verlust nur insofern und insoweit, als er nicht anderswoher dafür Ersatz erhält. So z. B. entsteht für den Eigenthümer kein Verlust, wenn er gegen die Gefahr (Feuersgefahr, Hagelschlag u. s. w.) durch Versicherungsnahme hinlänglich gedeckt ist. Ebenso fällt der Verlust weg bei Beschädigung durch Delikt, die Solvenz des Delinquenten vorausgesetzt. Ein Schaden liegt erst vor, wenn der Eigenthümer von keiner Seite her Ersatz zu erwarten hat.[1]) Hier hat die Regel: casum sentit dominus ihre Geltung.

II. In Betreff der Schuldverhältnisse ist vorauszuschicken, daß nicht bloß die Fälle des casuellen Wegfalls der Leistung oder des Leistungsobjects, sondern die Fälle des casuellen Untergangs der Forderungsrechte überhaupt, insbesondere also auch die Fälle, in denen die Obligation in Folge eines die Person der betheiligten Subjecte betreffenden Zufalls (capitisdeminutio, Tod) oder durch casuelle Beseitigung des rechtlichen Bandes selbst untergeht, ferner nicht bloß die Fälle des Untergangs, sondern auch die der Entwerthung, also sowohl die des juristischen als auch die des ökonomischen Ruins des verpflichteten Subjects und endlich das periculum nicht bloß in Bezug auf den Bestand, sondern auch in Bezug auf die Entstehung und Aufhebung der Forderungsrechte in Betracht kommen.

Andererseits sind auszuscheiden diejenigen Fälle, in denen eine Einwirkung des Casus vorweg ausgeschlossen ist, wie z. B. bei Leistungen auf ein Genus oder auf Fungibilien.

Das periculum hat einen Verlust zum Inhalt, mag dieser in einer Vermögensminderung, d. i. Schmälerung des Vermögens um einen darin befindlichen Bestandtheil, oder in der Vereitelung einer Vermögens-

---

[1]) Wenn Mommsen I S. 248 meint: daß „der Begriff des Casus in dieser Beziehung gar nicht in Betracht kommt", so ist dies hinfällig, da dieser Begriff gerade ausdrückt, daß der Eigenthümer verliert, d. h. die Sache untergeht, ohne daß ihm ein Entschädigungsanspruch erwächst. Wenn er argumentirt: „Für die Frage, ob eine Handlung ein Delikt oder Quasidelikt ist, läßt sich aus dem Begriff des Casus keine allgemeine Regel entnehmen", so verlangt er vom Begriff des Casus zu viel und verkennt, daß dieser eine ganz andere Bedeutung hat.

vermehrung, d. i. Vergrößerung des Vermögens um einen neuen Bestandtheil, bestehen.

Aus dem oben aufgestellten Satz, daß zur Bestimmung, ob und inwieweit ein Verlust entstanden ist, der Casus nicht bloß nach seiner nächsten Wirkung, sondern nach seiner Gesammtwirkung auf den betroffenen Vermögensinbegriff in Anschlag kommt, ergiebt sich der Folgesatz: daß der casuelle Untergang eines Forderungsrechts an und für sich noch nicht und nicht nothwendig einen Vermögensverlust bedeutet, vielmehr hiefür noch andere Momente entscheidend sind, insbesondere, ob dem Wegfall des Vermögensbestandtheils auf der einen Seite nicht die Erhaltung eines entsprechenden anderen oder der Zugang eines entsprechenden neuen Bestandtheils gegenübersteht und so der Nachtheil auf der einen Seite durch den Vortheil auf der anderen Seite ausgeglichen wird (compensatio damni et lucri). Aus diesem Gesichtspunkt ist insbesondere der Gegensatz zwischen einseitigen, zweiseitigen und zufällig zweiseitigen Obligationen von Belang.

Bei den (streng-) einseitigen Obligationen ist der Gläubiger schlechthin, d. h. ohne zu einer Gegenleistung verpflichtet zu sein, forderungsberechtigt und der casuelle Untergang des Forderungsrechts für ihn schlechthin Verlust, so z. B. bei Forderungen aus Formalcontracten, Vermächtniß, Schenkungsversprechen. Von einem periculum des Schuldners kann in diesen Fällen keine Rede sein, es wäre denn, daß für ihn ein besonderer Grund zur Aequivalentleistung eintritt, z. B. in Folge seiner Mora oder wenn in Folge eines Vertrages oder eventuellen Vermächtnißwillens an Stelle des weggefallenen principalen Obligationsgegenstands der Werth oder ein anderer Gegenstand tritt. Ein Verlust des Schuldners besteht hier darin, daß er ohne Vergütung und ohne den principalen Gegenstand erhalten zu haben, zur Aestimationsleistung verbunden ist.

Bei zweiseitigen Obligationen kommt es darauf an, ob mit dem Wegfall des Forderungsrechts auch der Wegfall der Gegenverpflichtung eintritt oder nicht.

Im ersteren Fall besteht ein periculum für den Gläubiger der weggefallenen Leistung nur insofern, als deren Werth den Werth der Gegenleistung übersteigt, also ein lucrum entsteht, und compensirt sich im Uebrigen der Werth der Leistung mit dem der Gegenleistung.

Für den Schuldner der weggefallenen Leistung, z. B. für den Vermiether, entsteht Verlust, indem er den Anspruch auf die Gegenleistung verliert, ohne daß ihm aus seiner Befreiung von der geschuldeten Leistung Nutzen erwächst.

Im letzteren Falle hingegen besteht der Verlust für den Gläubiger der weggefallenen Sachleistung, falls ihn das periculum trifft, z. B. den Käufer noch ferner darin, daß er den Werth: den Kaufpreis leisten muß, ohne den Gegenwerth: die Sache zu erhalten, wohingegen, falls das periculum den Schuldner, z. B. kraft besonderer Festsetzung den Verkäufer, trifft, es sich analog, wie beim Vermiether verhält. Auf das dem Käufer ent-

gangene lucrum würde sich das periculum eines solchen Verkäufers nur im Falle des Verzugs oder ausdrücklicher Uebernahme des Ersatzes erstrecken.[1])

Analog dem Käufer wird der Ehemann in Bezug auf die dos aestimata[2]) behandelt, ebenso der Pächter, der Inventarienstücke nach einer Taxe übernimmt.[3])

Bei den zufällig zweiseitigen Obligationen kommt in Betracht, daß Anspruch und Gegenanspruch von einander unabhängig sind, so daß der Wegfall des einen den Bestand des anderen nicht alterirt.[4]) Das periculum des Gläubigers kann daher außer dem Verlust des Anspruchs die Befriedigung des Gegenanspruchs und umgekehrt das periculum des Schuldners außer dem Verlust seiner Gegenansprüche den Ersatz des zu restituirenden Gegenstandes umfassen. So kann der Negotiorum gestor einerseits Anspruch auf Ersatz seiner Unkosten haben, auch wenn die Sache casuell untergegangen ist[5]), andererseits aber trägt er, wenn er sich auf neue Unternehmungen eingelassen hat, außer dem Verlust seiner Kosten (z. B. wenn er zu jenem Behuf Reisen gemacht hat) auch den Verlust der angeschafften Gegenstände, vorausgesetzt, daß die Anschaffung aus den Mitteln des Dominus geschah.[6])

Hiernächst erübrigen die Grundsätze über

4. Das Tragen der Gefahr selbst.

Bei Obligationen gilt hier analog der für das Sachenrecht geltenden Regel: casum sentit dominus der Satz: creditoris est periculum, species perit ei, cui debetur. Der Schaden des Gläubigers besteht in dem Verlust des Forderungsrechtes, dessen Werth mit dem des geschuldeten Gegenstandes sich bald deckt, bald über denselben hinausgeht.[7])

Bei den gegenseitigen Obligationen spitzt sich die Frage nach dem Tragen der Gefahr auf folgende Punkte zu:

einerseits, ob, wenn die eine Partei durch casus befreit worden ist, die andere Partei nichtsdestoweniger zur Gegenleistung verpflichtet bleibt, wie z. B. beim Kauf,

andererseits: ob mit dem Wegfall der Leistungspflicht auch die Verpflichtung zur Gegenleistung wegfällt, so daß gänzlicher oder theilweiser Erlaß bewilligt bezw. die bereits erfolgte Gegenleistung zurückgewährt werden muß (wie z. B. bei der Miethe)?

---

1) cfr. l. 33 D. loc. 19, 2. Dazu oben S. 330.

2) l. 10 pr. D. de jure dot. 23, 3. l. 5 C. eod. 5, 12, l. un. § 9 i. f. C. de rei ux. act. 5, 13.

3) l. 3, l. 54 § 2 D. loc. 19, 2.

4) vergl. Mommsen I S. 325—329.

5) l. 10 § 1, l. 22 D. de neg. gest. 3, 5, l. 18 § 4 D. commod. 13, 6, l. 8 pr. D. de pign. act. 13, 7, l. 4 D. de impensis 25, 1.

6) l. 11 D. de neg. gest. 3, 5.

7) l. 1 pr. D. act. empt. 19, 1.

Die Entscheidung dieser Fragen kann nur aus dem die gegenseitigen Obligationen beherrschenden, bereits oben entwickelten Gesetz der Motivation und dessen Anwendungen § 66 (S. 303, 329) getroffen werden, und ist deßhalb hier darauf zu verweisen und dazu nur noch Folgendes zu bemerken:

Auf dem Gebiet der gegenseitigen Obligationen kann ordentlicherweise bei Ermangelung der Leistung auch die Gegenleistung nicht verlangt werden, so daß in Folge des synallagmatischen Princips (nicht also in Folge des Casus) die Gegenleistung cessirt, wennschon die Leistungspflicht in Folge von Casus entfällt. Es ist daher systematisch ein Fehlgriff, wenn man, wie z. B. Puchta, Pand. § 302, Arndts, Pand. § 275, diese Verhältnisse mit der Aufhebung der Obligation durch casuelle Unmöglichkeit bezw. Wegfall ihres Inhalts in Verbindung bringt. Aus dem Wegfall der inhaltlichen Voraussetzungen würde sich nur die Aufhebung der Leistungspflicht, nicht aber der Wegfall oder umgekehrt in anderen Fällen der Fortbestand der Pflicht zur Gegenleistung erklären.

Daß der Käufer die Gefahr der Kaufsache trägt, hat einfach darin seinen Grund, daß der Verkäufer, wenn er redlich verfahren will, die verkaufte Sache nicht anderweit veräußern, sondern zur Disposition für den Käufer halten muß, so daß im Verhältniß des Verkäufers zum Käufer es so zu halten ist, als wenn die Sache bereits aus dem Vermögen des Ersteren ausgeschieden und in das des Letzteren übergegangen wäre.[2]

Von einer specifischen Wirkung des casus kann hier überhaupt nicht die Rede sein, da er nur eine thatsächliche Voraussetzung bildet, unter der das Tragen der Gefahr in Frage kommt.

Zugleich erhellt, daß, wie die Bedeutung des casus als Befreiungsgrund, so auch die Grundsätze über das Tragen des periculum nicht mit den Grundsätzen über die Prästation des casus zu confundiren sind, sondern es sich um gesonderte, von einander unabhängige Materien handelt.

§ 76. Prästation für Casus.

Der Natur der Sache nach haftet Niemand für einen Schaden, den er nicht verschuldet hat; der casuelle Eintritt eines Schadens ist für sich allein kein Grund einer Ersatzpflicht. Lediglich hierauf: auf die Ausschließung der Prästationspflicht, und nicht auf die Befreiung durch casuelle Unmöglichkeit[3])

---

[1]) Unter dem Gesichtspunkt der unverschuldeten (casuellen) Unmöglichkeit erscheint die Lehre vom periculum auch bei Mommsen I S. 330 flgd., so daß die Anknüpfung derselben an die voraufgehend behandelten Unmöglichkeitsfälle eine rein äußerliche ist.

[2]) Vergl. über die ganze Frage Windscheid, P. § 321 Note 19. Es liegt keine Veranlassung vor, auf die zum Ueberdruß verhandelte Frage hier näher einzugehen. Nur mag hervorgehoben werden, daß der Rechtssatz, wie Hofmann, Periculum beim Kauf, Wien 1870, überzeugend dargethan hat, griechischen Ursprungs ist.

[3]) Dies verkennt Mommsen I S. 232. Wenn man unrichtigerweise den Satz auf die befreiende Wirkung des casus bezieht, würde allerdings, wie Windscheid, P. § 264 N. 5 mit Recht bemerkt, mit dem Satz: Der Schuldner haftet nicht für Zufall, Nichts Neues gesagt sein.

bezieht sich der Satz: casus a nullo praestantur l. 23 D. de R. J. 50, 17. Dieser Satz gilt ausnahmelos für alle Arten von Obligationen.

Es ist unrichtig, wenn Hartmann (Oblig. S. 227) auf Grund der l. 91 § 1 D. de V. O. 45, 1 für die Stipulations-Obligation wegen innewohnender größerer Intensität im Gegensatz zu den bonae-fidei-Obligationen, bei denen das Maaß der schuldigen guten Treue genüge (S. 243), behauptet: daß „der Promittent, wenn die zu leistende Species ihm geraubt war, ohne nachher erweislich vernichtet zu sein, schlechthin forthaften mußte, mochte er auch seine eigene vollkommene Schuldlosigkeit an deren eingetretenen Verluste darthun können." Die angezogene Stelle setzt gerade culpa des Promissor voraus: daß also diesem zur Last fällt, daß der versprochene fundus religiosus vel sacer geworden oder der versprochene servus freigelassen oder in Feindesgewalt gerathen ist: culpa in hunc modum dijudicatur: ut si quidem ipsius promissoris res vel tempore stipulationis vel postea fuerit et quid eorum acciderit, nihilominus teneatur ..... sin autem alienus fuit et ab alio tale quid accidit, non tenetur: quia nihil fecit, wie denn auch ausdrücklich l. 83 § 5 D. eod. besagt: daß der Promissor befreit wird, wenn sine facto ejus res sacra esse coeperit aut Stichus ad libertatem pervenerit. Es läßt sich daher folgender Satz aufstellen: Die verborum obligatio findet ihre Grenze nicht bloß, wie Hartmann meint, „an solchen später eintretenden äußeren Hindernissen der Erfüllung, welche bei gleich anfänglichem Dasein sie gar nicht zur Entstehung hätte gelangen lassen", sondern auch bei jedem nachträglichen unverschuldeten Abhandenkommen, was in der That für das Damnationslegat auch anerkannt ist.[1])

Die größere oder geringere Stärke des Soll kommt überhaupt für die Art und Weise, wie der Wegfall der Leistung geschieht, nicht in Betracht, sondern nur für die Prästationspflicht, indem bei der Stipulationsobligation durchweg culpa levissima (aquilische Culpa), bei der bonae-fidei-Obligation bald nur dolus, bald auch culpa zu vertreten ist.

Soll der Casus präſtirt werden, so müssen

Besondere Gründe der Präſtationspflicht

vorhanden sein. Diese Gründe können auf Gesetz oder Privatwillkür beruhen. Die Hauptfälle sind: Mora und vertragsmäßige Uebernahme der Gefahr. Die Präſtationspflicht wegen Mora ist eine Folge der Mora überhaupt und daher der Lehre von der Mora vorzubehalten. Es erübrigt sonach nur die vertragsmäßige Präſtationspflicht.

Vertragsmäßige Uebernahme der Gefahr ist statthaft und wird dem-

---

[1]) l. 47 §§ 2—4 D. de leg. I (30). Dazu Mommsen I S. 32. Hartmann, Obl. S. 236 Anm. 13, sucht dies aus einer Ausdehnung des freieren Princips der Fideicommisse zu erklären. Allein es kann darin ebenso gut eine bloße Consequenz eines allgemeinen, auch die oblig. str. juris umfassenden Princips zu erblicken sein.

entsprechend in l. 22 C. de negot. gest. 2, 19 der allgemeine Satz von der Nichthaftung für Casus modificirt: Negotium gerentes alienum non interveniente speciali pacto casum fortuitum praestare non compelluntur. 294. Von einer Präſtationspflicht für Casus aber kann, da sie die Erweiterung eines principalen Obligationsinhalts bedeutet, nur da die Rede sein, wo in erster Reihe eine Leistungspflicht in Bezug auf den dem Casus ausgesetzten Gegenstand besteht. Es scheiden daher aus die Fälle, wo die Obligation direkt und ausschließlich auf Ersatz eines gewissen casuellen Schadens geht (wie z. B. bei Versicherungsverträgen) oder wo zur Abwendung des Verlustes im Voraus, anstatt aus der Hingabe einer Sache eine Restitutionspflicht hervorgehen zu lassen, eine bedingungslose Verpflichtung zur Aestimationsleistung (z. B. dos aestimata venditionis gratia) oder zur Erstattung in genere (z. B. Eisern-Viehcontract) eingegangen ist. Ebensowenig gehören hieher die Fälle, wo nicht sowohl die Präſtation des Casus, als vielmehr ein höherer Grad von Verantwortlichkeit (culpa levis statt culpa lata) oder Diligenz (custodia) übernommen wird.[1])

Anlangend die eigentlichen Fälle der Präſtationspflicht für Casus, so kommt es auf folgenden Unterschied an: Entweder wird die ursprüngliche Natur des Schuldverhältnisses durch die Uebernahme des periculum nicht verändert, so daß diese lediglich als ein Accidentale erscheint oder die Uebernahme des periculum geschieht in einer das ursprüngliche Wesen des Rechtsverhältnisses alterirenden Weise, so daß sich daraus ein Schuldverhältniß anderer Art entwickelt.

Ersteres trifft zu, wo die Uebernahme der Gefahr schlechthin geschieht, d. i. lediglich in der Absicht, die Präſtationspflicht über culpa hinaus zu erweitern[2]) (z. B. ut res periculo ejus sit, qui depositum vel mandatum suscepit). Es wird mehrfach hervorgehoben, daß eine derartige Abmachung durch die Natur der betreffenden Schuldverhältnisse nicht ausgeschlossen[3]) und ihre Erfüllung durch die Contractsklage erzwungen wird.[4]) Sie hält sich hier durchaus in den Grenzen eines Accidentale. Hingegen ist der letztere Fall gegeben, wo die nähere Bestimmung der Präſtationspflicht Momente eines neuen Rechtsgeschäfts liefert, welches dem ursprünglich beabsichtigten gegensätzlich gegenübertritt. Dies geschieht, wo mit der Uebernahme (ob gleichzeitig oder nachträglich, gilt gleich) der eventuell zu leistende Wertherſatz (aestimatio) festgestellt wird. Wenn man erwägt, daß der Empfänger bei Untergang der Sache schlechterdings die festbestimmte Werthsumme zu leisten hat, und ferner, daß es dem Geber füglich gleich bleiben muß, wie die Sache untergeht: ob durch Casus oder Dolus oder Culpa des Empfängers, da er doch immer die festgesetzte Summe erhält und

[1]) Beides: Haftung des casus und Erhöhung der Verantwortlichkeit wird scharf unterschieden in l. 1 § 35 D. dep. 16, 3.

[2]) l. 39 D. mand. 17, 1. l. 9 § 2 D. loc. 19, 2.

[3]) l. 7 § 15 D. de pact. 2, 14: nec quasi contra juris formam non esse servandam l. 6 i. f. D. de pact. dot. 23, 4.

[4]) l. 1 C. commod. 4, 23. l. 13 § 5 D. loc. 19, 2: erit ex locato actio.

hierauf sein Interesse ein für allemal fixirt ist, deßhalb schließlich ihm auch gleichgültig sein kann, ob der Empfänger die Sache restituirt oder für sich behält und darüber verfügt, sofern er nur den angeschlagenen Werth ersetzt, so führt dies Alles zu dem Schluß, daß der Empfänger nach der Intention des Geschäfts die Sache, anstatt sie zu restituiren, um den bestimmten Preis eventuell auch soll behalten können. So tritt neben das ursprünglich beabsichtigte Restitutionsgeschäft ein Kaufgeschäft und entsteht eine alternative Concurrenz beider Geschäfte. Einen Fall dieser Art bietet der Trödelcontract (contractus aestimatorius). Das vendendum dare einer res aestimata ist an und für sich Mandat. Es verwandelt sich in locatio und conductio, wenn bei der Aestimatio ein Verdienst des Empfängers bezweckt, der Preis also so bemessen wird, daß ein Ueberschuß für ihn bleibt, und zwar ist es conductio operarum, oder locatio operis, je nachdem ihm gewisse einzelne Bemühungen um den Verkauf (z. B. Hausirdienste) angesonnen werden, oder der Verkauf als das Gesammtresultat seiner freien Thätigkeit in Aussicht genommen wird (z. B. wenn er unter Anwendung aller ihm gut scheinenden Mittel den Verkauf betreibt, zu diesem Zweck Reisen unternimmt, mit auswärtigen Handelsplätzen in Verbindung tritt, die Reclame besorgt und dergl.). Vermöge der bei der Aestimatio selbstverständlichen Intention der eventuellen käuflichen Ueberlassung entwickelt sich nun innerhalb des Trödelcontracts der Gegensatz von Restitutionsgeschäft und Restitutionspflicht ex mandato, locato, conducto einerseits und Kauf und Zahlungspflicht ex empto andererseits. Dieses Rechtsverhältniß ist aber nicht als alternative Pendenz zu verstehen, so daß erst durch einen künftigen Umstand: die Wahl des Verpflichteten entschieden würde: ob das Eine oder Andere: Restitutionsgeschäft oder Kauf vorliegt, ebensowenig aber auch als ein Rechtsgeschäft mit alternativem Inhalt — Restitutionspflicht und Preiszahlung schließen einander aus —, sondern als zwei Schuldverhältnisse ganz verschiedener Art in alternativer Concurrenz, so daß erst die Geltendmachung des einen das andere beseitigt.[1])

Hiebei bleibt jedoch immer festzuhalten, daß die Eigenthümlichkeit des Trödelcontracts nicht auf dem rem vendendam dare, sondern wesentlich auf dem rem aestimatam dare, d. h. auf der Uebernahme des periculum unter Festsetzung einer Schätzungssumme beruht. Eine alternative Kombination von Mandat und Kauf ist an und für sich auch ohne Uebernahme des Periculum und ohne Aestimation in der vorgedachten Bedeutung denkbar, lediglich durch unmittelbar darauf gerichteten Parteiwillen; die Folge davon aber wäre, daß das Periculum vom Empfänger zu tragen wäre, wenn die Alternative zu Gunsten des Kaufs, nicht aber, wenn sie zu Gunsten des

[1]) Wenn Bechmann, Kauf II S. 411 bemerkt: „Der Trödelvertrag ist ein Vertrag für sich, der aber im concreten Fall als Kauf verlaufen und wirken kann", so ist dies nur eine andere Wendung der Chambon'schen Auffassung, daß sich der Trödelvertrag nachträglich in einen Kauf verwandeln könne. Ebensowenig genügt der Hinweis auf die im Trödelvertrag alternativ enthaltene „kaufrechtliche Absicht" zur Construction des Verhältnisses.

Verkaufsmandats und der daraus folgenden Restitutionspflicht entschieden würde. Erst die Uebernahme der Gefahr, die aestimatio, bewirkt beim Trödelcontract, daß der Empfänger auf alle Fälle die Gefahr zu tragen hat. So sind Ulpian's Worte zu verstehen: aestimatio autem periculum facit ejus, qui suscepit: aut igitur ipsam rem debebit in corruptam reddere aut aestimationem de qua convenit l. 1 § 1 D. de aestim. 19, 3.

Hieraus ergiebt sich die volle Richtigkeit der älteren Ansicht: daß der Trödler ununterschiedlich das periculum trägt. Es ist daher, was den Trödelcontract anlangt, die Unterscheidung haltlos: ob das Geschäft im eigenen Interesse des Empfängers geschah oder nicht, und ist es vollends unrichtig, daß der Trödler „regelmäßig von aller Verpflichtung frei werde, wenn ihm die Rückgabe der Sache ohne seine Schuld unmöglich geworden sei.[1])

Mit Unrecht beruft sich die entgegengesetzte Ansicht auf l. 17 § 1 D de praescr. verb. 19, 5: Si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum: deinde haec perierint ante venditionem, cujus periculum sit? et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum, si tu me, tuum, si neuter nostrum, sed duntaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes. (Ulp. lib. 28 ad Ed.)

Es fehlt in dem hier unterstellten Falle an dem wesentlichen Requisit des Trödelcontracts: der bedingungslosen Uebernahme des periculum! vielmehr handelt es sich in dieser Stelle um ein Auftragsgeschäft mit alternativem Inhalt. Die Frage nach dem Tragen der Gefahr soll nicht schon durch das rem aestimatam i. e. rem vendendam certo pretio dare, sondern erst nach der besonderen, aus den Umständen zu eruirenden Intention der Parteien entschieden werden. In der Regel trifft den Auftraggeber die Gefahr; hat jedoch der Empfänger den Anstoß zu dem Geschäft gegeben, so wird darin eine stillschweigende Uebernahme des periculum seinerseits gefunden. Die Entscheidung der Frage beruht einfach auf der muthmaßlichen Parteiintention und bietet an sich Nichts Bemerkenswerthes. Einen analogen Fall enthält l. 11 pr. D. de rebus cred. 12, 1: Rogasti me ut tibi pecuniam crederem, ego, cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et nummis utereris .... multum interesse, venalem habui hanc lancem vel massam necne: ut si venalem habui, mihi perierit, quemad modum si alii dedissem vendendam (bloßes Auftragsgeschäft); quod si non fui proposito hoc, ut venderem, sed haec causa fuit vendendi, ut tu utereris, tibi eam periisse, et maxime, si sine usuris credidi (Ulp. lib. 29 ad Ed.) cfr. l. 4 pr. D. eod.

Auch hier wird die Entscheidung von der vorwaltenden Intention der Parteien abhängig gemacht, und führt sich das Tragen der Gefahr im letzten Grunde auf stillschweigende Uebernahme zurück.

Zugleich erhellt, daß die Fälle, in denen die Verpflichtung auf Restitution oder (eventuell) auf Leistung der Schätzungssumme gerichtet ist, außer-

---

[1]) wie Pescatore S. 201 meint.

halb der Theorie der alternativen Obligationen stehen, denn während bei letzterer nach Wegfall der Sachleistung die Verpflichtung sich von selbst auf die Aestimationsleistung reducirt, kommt es bei jenen Fällen erst noch auf das Tragen der Gefahr an, und fällt die Verpflichtung zur Aestimationsleistung weg, wenn die Gefahr nicht den Empfänger trifft. Aber auch wo die Gefahr den Geber trifft, würde in dem Bestehenbleiben der Pflicht zur Aestimationsleistung nur ein der alternativen Obligation äußerlich ähnlicher Effect zu erblicken und immer der Unterschied anzuerkennen sein, daß, was bei der alternativen Obligation schon aus der Natur der Verpflichtung folgt, in jenen Fällen erst durch das Tragen der Gefahr vermittelt wird.

Bei der Societät*)

ist hinsichtlich des Periculum zwischen den Gegenständen der Beitragsleistung und den Societätsobjecten zu unterscheiden. Betreffs der letzteren trifft das Periculum die Societät, betreffs der ersteren den beitragspflichtigen Socius, d. h. er wird durch casuelle Unmöglichkeit zwar von seiner Beitragspflicht frei, kann aber weder mehr von den anderen Socien Beitragsleistung fordern noch hat er Antheil am Gewinn zu beanspruchen. Es entscheidet durchgreifend das synallagmatische Princip: wo keine Leistung, da auch keine Gegenleistung.[1]) Die Analogie des Kaufs ist durchaus abzuweisen, da die Normirung des Periculum beim Kauf exceptioneller Natur ist. Der nicht beitragende bezw. von seiner Beitragspflicht befreite Socius hat daher gegen die Mitsocien auch nicht einmal in dem Falle Anspruch auf Beitragsleistung, wo „von ihrer Seite bereits eine Entäußerungserklärung vorliegt"[2]), da dies sich nur durch die Analogie des Kaufes rechtfertigen ließe, diese aber bei der Societät nicht zutrifft.

Ebensowenig läßt sich der Satz vertheidigen: daß „vom Abschluß des Gesellschaftsvertrages an die Gefahr der Einlagen, welche in einer bestimmten Species bestehen, der Societät zur Last fällt."[3]) Die hier vertretene Auffassung ergiebt sich unmittelbar aus den Quellen l. 58 § 1 D. pro socio 17, 2: Item Celsus tractat, si pecuniam contulissemus ad mercem emendam, et mea pecunia perisset, cui perierit ea? Et ait, si post collationem evenit, ut pecunia periret, quod non fieret, nisi societas coïta esset, utrique perire: utputa si pecunia, cum peregre portaretur, ad mercem emendam, periit: si vero ante collationem, posteaquam eam destinasses, tunc perierit, nihil eo nomine consequeris, inquit, quia non societati periit. Dies kann doch wohl Nichts Anderes heißen, als daß bezüglich aller Societätsobjecte die Societät die Gefahr trägt also zunächst bezüglich der Beitragsobjecte, nachdem sie inferirt sind (post

*) Vergl. Mommsen, Beiträge I S. 405 flgd. Puntschart, fundamentale Rechtsverhältnisse S. 478.

[1]) oben S. 329.

[2]) wie Windscheid, P. § 406 zu Note 4 annimmt.

[3]) wie Dernburg, P. § 126 zu Note 10 glaubt.

collationem), ferner bezüglich aller sonstigen Mittel der Societät, insbesondere der aus Societätsmitteln oder auch nur für die Societät von einem Socius gemachten und an sie herauszugebenden Erwerbungen.

Entscheidend für das Periculum der Societät ist daher lediglich, ob der vom Verlust betroffene Gegenstand bereits Societätsobject war oder nicht. Hierauf legt auch Celsus alles Gewicht: Post collationem .... societati perit, d. h. das Geld ist nach der Einbringung, nicht aber vorher, obzwar schon der Beitragspflichtige es zu diesem Zwecke bestimmt haben mag, Societätsobject geworden und trifft die Societät der Verlust.

Denselben Grundsatz wendet Celsus in dem Fall der l. 58 pr. D. eod. 17, 2 an:

Si id quod quis in societatem contulit, exstinctum sit, videndum, an pro socio agere possit? Tractatum ita est apud Celsum: cum tres equos haberes et ego unum, societatem coïmus, ut accepto equo meo quadrigam venderes et ex pretio quartam mihi redderes. Si igitur ante venditionem equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait, societatem manere nec ex pretio equorum tuorum partem deberi: non enim habendae quadrigae, sed vendendae coïtam societatem: ceterum, si id actum dicatur, ut quadriga fieret, eaque communicaretur, tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubie adhuc socii sumus.

Der Mitsocius hatte das 4. Pferd — da die Societät vendendae quadrigae causa geschlossen war — jedenfalls bis zur Effectuirung des Verkaufs zu gewähren. Mit diesem wurde es Societätsobject, da von da ab die Gefahr auf den Käufer abgewälzt wird und die Sache so liegt, wie wenn das Pferd Seitens der Societät schon dem Käufer übergeben war. Vorher ist es aber noch nicht Societätsobject; krepirt es, bevor der Verkauf gelingt, so ist der Societätszweck vereitelt, und die Gefahr trifft den Beitragspflichtigen allein. Anders, wenn die Societät die Vereinigung der 4 Pferde zu einem Ganzen und das Halten dieses Ganzen bezweckte, wo schon von der Collation an (accepto equo meo!) die Gefahr eine gemeinschaftliche wurde.

Auf einen Fall, wo der Gegenstand schon ebenfalls Societätssache geworden war, bezieht sich l. 52 § 3 D. pro soc. 17, 2: Damna, quae imprudentibus accidunt, hoc est, damna fatalia, socii non cogentur praestare. Ideoque si pecus aestimatum datum sit et id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum est, si nihil dolo aut culpa acciderit ejus, qui aestimatum pecus acceperit. Quod si a furibus subreptum sit, proprium ejus detrimentum est, quia custodiam praestare debuit, qui aestimatum accepit. Haec vera sunt et pro socio erit actio, si modo societatis contrahendae causa pascenda data sunt, quamvis aestimata.

Mit der Hingabe zur Weide war die Heerde Societätsobject geworden und trägt von da ab — nicht etwa aber vom Abschluß des Societätsvertrages! — die Societät die Gefahr, sofern nicht culpa des Empfängers zu Grunde liegt.

§. 77. Präſtation der Culpa (Einſtehen für Schuld).

Donellus, Comment. j. c. XVI 6, 7. v. Löhr, Die Theorie der Culpa, 1806. Beiträge zur Theorie der Culpa, 1808. Haſſe, Die Culpa des röm. Rechts, 1815. 2. Ausg. von Bethmann-Hollweg 1838. v. Bethmann-Hollweg, Ueber die Claſſification der Contracte in Beziehung auf Culpa, Anh. IV zu Haſſe's Culpa, 2. A. Unterholzner, Schuldverh. I § 133—137. v. Jhering, Das Schuldmoment im röm. Privatrecht, 1867 Mommſen, Beiträge zum Obligationenrecht, III, S. 345 flgd. Zur Lehre von der Culpa, 1855. Windſcheid, Heid. krit. Zeitſchrift, III, S. 278 flgd. Brinz, Pand. S. 592. Chironi, Colpa nel diritto civile, vol. I colpa contrattuale 1885.

Die Culpa fällt in das Gebiet des Deliktswillens, welcher im Gegenſatz zu dem zweckbewußten, vernünftigen, innerhalb der ihm geſetzten Grenzen zu organiſchen Geſtaltungen in der Rechtswelt berufenen Rechts- und Normwillen jeder rechtlichen Cauſalität entbehrt, und lediglich der Sinnenwelt anheimfällt, indem er als mechaniſche Urſache die phyſiſche Cauſalreihe in Bewegung ſetzt und in unendlicher Mannichfaltigkeit alle der Norm widerſtreitenden Strebungen und Schwächen der menſchlichen Natur in ſich vereinigt.

Culpa im weiteren Sinne als der auf das Verhalten eines Individuums zurückzuführende Grund eines rechtsverletzenden Erfolges und Schadens umfaßt ſowohl den Vorſatz als die Fahrläſſigkeit und zerfällt weiter in die eigentliche Delikts-Culpa und die Contracts-Culpa, je nachdem der hervorgebrachte rechtsverletzende Erfolg und Schaden die abſoluten Güter (Eigenthümer, Leben, Geſundheit und körperliche Integrität, Freiheit, Ehre u. ſ. w.) oder ein contractliches oder quaſicontractliches Intereſſe betrifft.

Die beiden Hauptrichtungen des normwidrigen Willens drücken ſich aus in den Begriffen: dolus und culpa. dolus, Vorſatz, rechtswidrige Abſicht, Argliſt iſt nach heutiger Auffaſſung der auf einen rechtsverletzenden (ſchädigenden) Erfolg in bewußter Weiſe gerichtete Wille. Es genügt nach heutiger Auffaſſung zum Begriff des Dolus das Bewußtſein der Rechtswidrigkeit, während nach römiſcher Auffaſſung noch weiter erfordert wurde, daß der Wille unmittelbar auf das Rechtswidrige an dem Erfolge, auf die Rechtsverletzung als ſolche gerichtet war. Es wird daher in l. 7 § 7 D. de dolo 4, 3 und l. 7 pr. D. dep. 16, 3 der Dolus verneint, wenn Jemand einen zur Strafe oder zum Zweck eines peinlichen Verhörs gefeſſelten Sklaven aus ſeinen Banden befreit, ſofern er dies aus Mitleid (misericordia ductus) gethan hat, obwohl ihm das Bewußtſein der Rechtswidrigkeit innewohnte oder doch innewohnen mußte.[1]) Ebenſo wird es in l. 8 § 10 D. mand. 17, 1 geradezu als lata culpa, nicht aber als Dolus bezeichnet, wenn Jemand ein Mandat (ut hominem emeret) zum Nachtheil ſeines Auftraggebers, aber zu Gunſten eines Dritten[2]) (forte si gratia ductus passus est alium emere) unausgeführt gelaſſen hat.

[1]) Daß in l. 7 § 7 cit. eine actio in factum zugelaſſen wird, beweiſt nicht gegen jene Faſſung des Dolusbegriffs, iſt vielmehr dieſer durchaus gemäß.

[2]) möglicherweiſe auch zu Gunſten des anzukaufenden Sklaven ſelbſt, weil dieſer bei dem Dritten ſich in beſſerer Lage befinden würde.

Daß es sich bei diesen Entscheidungen nicht um eine bloße Gepflogenheit der römischen Juristen, die Annahme des Dolus und die mit der Verurtheilung verbundene Wirkung der Infamie in Fällen zu umgehen, wo den Handelnden nicht zugleich ein starker sittlicher Tadel trifft und das Motiv der Handlung kein unsittliches ist, sondern daß es sich um eine grundsätzliche verschiedene Fassung des Dolusbegriffs handelt, ergeben andere Aussprüche, in denen das Motiv der Handlung ein nichts weniger als sittliches und der schärfste Tadel am Platze ist. So vor Allem der bemerkenswerthe Ausspruch Ulpian's in l. 39 D. de furtis 47, 2:

Verum est, si meretricem alienam ancillam rapuit quis vel celavit, furtum non esse: nec enim factum quaeritur, sed causa faciendi: causa autem faciendi libido fuit, non furtum .... An tamen vel Fabia teneatur, qui suppressit scortum libidinis causa? Et non puto teneri . et ita etiam ex facto cum incidisset, dixi hic enim turpius facit, quam qui subripit: sed secum facti ignominiam compensat. certe fur non est (Ulp. lib. 41 ad Sabinum).

In dem unterstellten Fall wird sowohl der Thatbestand des Furtum als der lex Fabia de plagio ausgeschlossen, weil es an dem erforderlichen Dolus fehlt, da die Absicht des Handelnden bei Fortführung des fremden Mädchens nicht auf die Entwendung und Entfremdung als solche, also zunächst nicht auf Verletzung des Dispositionsrechts des Herrn und Eigenthümers, auf celare invito vel insciente domino, sondern auf Befriedigung der Wollust gerichtet ist, diese nächste Absicht aber (causa faciendi) für den Begriff des erforderlichen Dolus entscheidend ist. Ein Seitenstück hiezu bildet die Verführung eines Sklaven lusus gratia, in welchem Fall nach l. 3 pr. D. de servo corrupto 11, 3 kein dolo malo deteriorem facere vorliegen soll.[1])

Bei der stark differenzirenden Tendenz des römischen Rechts gegenüber dem nivellirenden Standpunkt des heutigen Rechts erscheinen diese Entscheidungen durchaus consequent.

Ganz anders verhält es sich bei einem Rechtsirrthum, welcher den Thatbestand des Dolus und die Wirkung der Infamie nicht ausschließt: ignorantia enim excusatur non juris, sed facti.[2]) Nach der obigen Entwickelung des römischen Dolusbegriffs hat dies Nichts Befremdliches, da es eben lediglich auf die thatsächliche Willensrichtung ankommt und, wenn diese den rechtsverletzenden Erfolg zur nächsten Absicht hat, eben Dolus vorliegt.

II. Wesen der Culpa. Dolus ist böser Wille, d. i. der Wille, eine Rechtsverletzung zu begehen, Culpa ist Mangel an gutem Willen,

---

[1]) dolo malo adjecto calliditatem notat praetor ejus, qui persuasit. ceterum si quis sine dolo malo deteriorem fecerit, (non notatur) et si lusus gratia fecit non tenetur (Ulp. lib. 23 ad ed.). Dagegen liegt culpa vor l. 10 D. ad leg. Aq. 9, 2: nam lusus quoque noxius in culpa est, und greift die utilis Aquil. Platz l. 4 D. eod. 11, 3.

[2]) l. 11 § 4 D. de his, qui not. inf. 3, 2. l. 9 D. de jur. et fact. ign. 22, 6. l. 15 pr. D. de lege Corn. de fals. 48, 10.

d. i. des Willens, eine Rechtsverletzung zu vermeiden. Das Recht verlangt nicht bloß Unterdrückung bösen Willens, sondern unter Umständen auch Bethätigung guten Willens. Dem guten Willen muß das Können entsprechen. Das Recht kann in dieser Beziehung nicht außergewöhnliche Fähigkeiten und einen seltenen Grad von Tüchtigkeit erfordern, sondern muß, da es nicht für absonderliche Fälle, sondern für die regelmäßig und gewöhnlich vorkommenden Verhältnisse bestimmt ist, mit der durchschnittlichen Befähigung und Begabung der Menschen rechnen. Hier aber bietet sich für seine Anforderung ein zwiefacher Maßstab dar: einmal die Anwendung der gemeingewöhnlichen, Jedermann auch ohne sonderliche Anstrengung seiner Geisteskräfte möglichen Vorsicht. Es kann füglich von Jedermann verlangt werden, daß er in den Angelegenheiten des bürgerlichen Lebens die gemeine Vorsicht beobachte. Die Vernachlässigung dieser Vorsicht ergiebt den Begriff der groben Fahrlässigkeit, lata culpa, l. 213 § 2 D. de V. S. 50, 16: Lata culpa est nimia negligantia, id est, non intelligere, quod omnes intelligunt (Ulp. l. 1 reg.).

l. 233 pr. D. eod.: latae culpae finis est, non intelligere id, quod omnes intelligunt (Paul. lib. 2 sent.).

Das intelligere bedeutet das Erkennen des ursächlichen Zusammenhangs in den Verhältnissen, das Voraussehen der Folgen, also recht eigentlich das Gebiet der Verstandsthätigkeit. Das intelligere id, quod omnes intelligunt bedeutet das bei normalen Geisteskräften Jedermann, also durchschnittlich allen Leuten ohne Weiteres eigene Maß der Vorsicht und Einsicht. Es handelt sich dabei um das Erkennen der allergewöhnlichsten und einfachsten Causalzusammenhänge, bei denen es für ein Verkennen und Versehen keine Entschuldigung giebt. Eine Verabsäumung dieser Vorsicht grenzt an Dolus und ist diesem in Bezug auf die civile contractliche wie quasicontractliche Vertretungspflicht unbedenklich gleichzustellen[1]), während in Bezug auf die pönalen Wirkungen und strafrechtlichen Folgen wegen der eigenthümlichen Fassung des römischen Dolusbegriffs diese Gleichstellung nicht gilt.

Die vorerwähnten beiden Quellenaussprüche enthalten somit eine völlig befriedigende und zutreffende Definition der lata culpa.[2])

Culpa levis. Der zweite für die von Rechts wegen an den guten Willen des Contrahenten zu stellenden Anforderungen mögliche Maßstab besteht in der diligentia diligentis patrisfamilias, diligentia, quam debent[3]) homines frugi et diligentes praestare, qualem diligens pater-

[1]) dissoluta negligentia prope dolum est l. 29 pr. D. mand. 17, 1 — dolo proxima est l. 22 § 3 D. ad S. C. Treb. 36, 1 l. 8 § 3 D. de prec. 43, 26 dolo comparabitur l. 1 § 1 D. si mens. 11, 6. latior culpa, magna culpa dolus est: l. 226 D. de V. S. 50, 16. l. 32 D. dep. 16, 3. culpa dolo proxima dolum repraesentat, l. 1 § 2 D. si is, qui test. 47, 4.

[2]) A. M. Mommsen, Beiträge III, S. 347—354, welcher jene Quellenaussprüche auf einen unentschuldbaren faktischen Irrthum, error non probabilis, bezieht. Dawider: mit Recht Windscheid, Heid. krit. Zeitschr. III, S. 278—280, vergl. auch Hasse, Culpa 2. A. S. 84 flgd.

[3]) l. 11 D. de peric. et comm. 18, 6. § 4 J. quib. m. re 3, 15: exacta diligentia.

familias suis rebus adhibere solet.[1]) Diese Diligenz bedeutet einen Grad von Vorsicht und Umsicht, wie er durch entsprechende Anstrengung der Geisteskräfte erreicht wird. Der homo frugi et diligens nimmt sich bei seinen Geschäften zusammen und arbeitet mit Hingebung und Sorgfalt. Dies liegt in seinem Begriff. Die Anstrengung muß eine der Natur des Falles, der Art des Geschäfts entsprechende sein. Die Vernachlässigung dieses Grades von Vorsicht und Umsicht charakterisirt sich als leichtes Versehen, culpa levis. Culpa sc. levis est, quum, quod a diligente provideri poterit, non est provisum l. 31 D. ad leg. Aq. 9, 2. Culpa abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset, l. 25 § 7 D. loc. 19, 2.

Das allgemeine Wesen der culpa besteht sonach, wie man bisher in Uebereinstimmung mit den Quellen (culpa, id est desidia atque negligentia l. 72 D. pro soc. 17, 2, § 9 J. de soc. 3, 25) durchweg annahm, in einer Nachlässigkeit. Wenn demgegenüber neuerdings Dernburg[2]) einwirft, daß, wenn culpa die technische Bezeichnung der Quellen für „Nachlässigkeit" sei, es zum Räthsel werde, daß die römischen Juristen untersuchen, ob, wer für culpa haftet, auch für diligentia einsteht, und warum beides, culpa und diligentia so oft von ihnen nebeneinander aufgeführt wird, so beruht dies offenbar auf einem Mißverständniß, einer Verwechslung von culpa als Schuldmoment (Moment der Zurechnung) und culpa als widerrechtliches Thun oder Nichtthun.[3]) Culpa als Schuldmoment ist immer Etwas Negatives, wie die Quellen unzweideutig besagen: non intelligere, quod omnes intelligunt bei culpa lata, und non providere, quod a diligente provideri potuit bei culpa levis. Culpa und diligentia werden zwar oft nebeneinander genannt, aber auch mitunter geradezu identificirt, so in den Worten des Proculus in l. 68 pr. D. de contr. empt. 18, 1: sed te etiam diligentiam praestare debere, ia est, ut a te . . . etiam culpa absit. Erscheint es da nicht ebenso räthselhaft, wie die römischen Juristen, wenn culpa nicht die Bezeichnung für „Nachlässigkeit" ist, dazu kommen, die Vernachlässigung der Diligenz geradezu als culpa zu bezeichnen? Wenn man geltend macht, daß „die Gleichstellung der bloßen Vernachlässigung und der positiven Beschädigung erst sehr allmählich geschah und die Jurisprudenz lange Zeit brauchte, um jene in der Praxis einzubürgern", so verhält es sich damit folgendermaßen. Wie schon ältere Forscher[4]) richtig bemerkt haben, wird in Quellen vielfach culpa in einem engeren Sinne als culpa in faciendo genommen, was sich leicht daraus erklärt, daß der Begriff der Culpa sich an

---

[1]) l. 14 D. de pign. act. 13, 7. Dazu Hasse S. 70, 93.

[2]) P. II § 37, A. 2.

[3]) So wird in l. 91 § 3 D. V. O. 45, 1 gerade ein widerrechtliches Nichtthun: die Mora und zwar nach dem Sprachgebrauch der Veteres als culpa bezeichnet, woraus ersichtlich, daß die Beschränkung auf positive Widerrechtlichkeit im Begriff der culpa an sich nicht liegt.

[4]) So die bei Hartmann, Obl. S. 229 Note 7 citirten: Donellus, comm. 16, c. 7 § 14. Löhr, Beiträge zur Theorie der Culpa, 1808, S. 151—162, und Hartmann a. a. O. selbst. Vergl. überdies die treffende Bemerkung von Puchta, P. § 261 c.

der lex Aquilia entwickelt hat[1]), so daß culpa zunächst als Bezeichnung für die aquilische Culpa üblich wurde, und demnächst zu mehrer Deutlichkeit für die Contractsculpa eine besondere Bezeichnung in dem diligentiam praestare wünschenswerth erschien. Die Ausdrucksweise culpam praestare et diligentiam ist lediglich eine pleonastische und hat rein sprachliche Bedeutung.[2])

Ein recht müßiger Streit ist der, ob die römischen Juristen es als Regel angesehen, daß die Menschen diligentes patresfamilias oder keine solche seien.[3])

III. Sog. culpa levis in concreto. Bei einigen Schuldverhältnissen wird von dem Verpflichteten nur diejenige Sorgfalt verlangt, die er in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (relative Sorgfalt, diligentia, qualem suis), und bildet die Vernachlässigung dieser Sorgfalt den Begriff der sog. culpa levis in concreto.

Die Streitfrage, ob diese culpa ihrem Wesen nach lata culpa sei[4]), kann heutzutage wohl als überwunden gelten.[5])

Man nimmt vielmehr überwiegend an, daß diese culpa keinen besonderen Grad der Culpa ausmache, sondern nur eine Modification, Milderung der levis culpa sei, derart, daß dem Verpflichteten die „Entschuldigung gestattet sei, daß er in eigenen Angelegenheiten nicht sorgfältiger zu sein pflege.“[6]) Genauer betrachtet, würde dies darauf hinauslaufen, daß der Betreffende an sich für culpa in abstracto verpflichtet sei, aber gewissermaßen exceptionsweise seine Verantwortlichkeit herabzumindern vermöchte, mit anderen Worten: daß es bei der culpa levis in concreto materiell sich um Nichts Anderes handelt, als um eine bedingt zu vertretende culpa levis in abstracto! Dem widerspricht aber nicht nur die Ausdrucksweise der Quellen, sondern auch der praktische Gedanke, welcher zu dieser Art der Verantwortlichkeit führte. Die Quellen fassen die diligentia rebus suis consueta als einen besonderen, individuellen Maßstab von Sorgfalt, wie er der Natur gewisser Verhältnisse entspricht. Es handelt sich nämlich zunächst hiebei um Verhältnisse, die vorzugsweise gerade mit Rücksicht auf die Individualität des Betreffenden eingegangen zu werden pflegen, z. B. die Societät und Ehe, so daß billigerweise der andere Theil nicht mehr verlangen kann, als daß der Betreffende nach seiner Weise und seiner Eigenart in den ihm anvertrauten

---

[1]) Aus dem Begriffe an sich erklärt sich die Beschränkung auf positive Widerrechtlichkeit nicht. Die Beziehung auf letztere konnte sich nur nebenher damit verbinden, wenn man unter culpa zunächst und vorzugsweise aquilische culpa verstand. Hartmann, S. 240, übersieht den Widerspruch, in dem seine Bemerkung auf S. 229 mit der schon den Veteres geläufigen Anwendung des Begriffs auf die mora steht.

[2]) So auch Windscheid, P. § 265 Note 2 und Hasse § 38 u. 5.

[3]) S. darüber Mommsen, Beiträge III, S. 356 Note 12 und 376 Note 5.

Ueber die quellenmäßige Anwendung des Begriffs der culpa levis sind die noch heut sehr schätzenswerthen Ausführungen von Hasse, Culpa S. 93 flgd., 103, 70, 83, 145, 328 flgd. zu vergleichen.

[4]) wie Hasse S. 141 flgd. darzuthun versucht.

[5]) Vergl Mommsen, Beiträge III, S. 377 flgd.

[6]) Mommsen a. a. O. S. 375. Windscheid, P. § 265, Nr. 5, Anm. 15.

Angelegenheiten verfahre, l. 72 D. pro soc. 17, 2: qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri sibique imputare debet, § 9 J. de soc. 3, 26, qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit § 5 J. eod. — quamvis enim diligentiam uxor eam demum ab eo (sc. marito) exigat nec plus possit, attamen saevitia, quae in propriis culpanda est, in alienis coercenda est, hoc est in dotalibus, l. 24 § 5 D. sol. matr. 24, 3. In den anderen hieher gehörigen Verhältnissen führt umgekehrt gerade der Umstand, daß der eine Theil ohne seine Wahl, d. i. ohne zu contrahiren, zu dem anderen in ein Pflichtverhältniß kommt, zu dem nämlichen Resultat: daß er nicht mehr als in seiner Weise sorgfältig sein braucht: So bei der communio incidens, l. 25 § 16 D. fam. erc. 10, 2: quoniam cum eo non contrahimus, sed incidimus in eum, und bei der Tutel l. 1 pr. D. de tut. et rat. 27, 3: praestando dolum, culpam et quantam in rebus suis diligentiam.

Nach diesen Quellenaussprüchen erscheint die diligentia qualem suis als ein besonderer, ausnahmsweise anzulegender Maßstab von Sorgfalt neben dem normalen, absoluten Maß, welches die Sorgfalt eines homo diligens (exacta, exactissima diligentia, § 4 J. q. m. re 3, 15) darbietet, wie denn beides in der l. 32 D. depos. 16, 3 sehr scharf gegenübergestellt ist: die abstracte Diligenz als modus, quem hominum natura desiderat und die relative Diligenz als diligentia ad suum modum.

Die relative Diligenz kann sich mit der abstracten Diligenz decken, aber auch über sie hinausgehen und hinter ihr zurückbleiben. In den Quellen erscheint sie vorwiegend als Etwas Minderes (vergl. die Redewendungen: parum diligens, diligentia ea demum, quae in propriis . . . nec plus).

Sie ist daher als eine Abart der Diligenz, ihre Vernachlässigung als eine Unterart der culpa levis, als ein Mittelding zwischen culpa lata und levis zu charakterisiren. Sie geht niemals über letztere hinaus, und nicht unter die erstere hinunter. Einen Dolus schließt es in sich, wenn die in den eigenen Angelegenheiten beobachtete Sorgfalt in fremden Angelegenheiten bei Seite gesetzt wird.[1])

IV. Concurrirende Culpa des Beschädigten.[2]) Concurrirt mit der rechtswidrigen Handlung oder Unterlassung des Anderen eigenes Verschulden des Verletzten in der Art, daß dieses nur in Verbindung mit jener schädlich geworden ist, so ist der Andere im Fall böser Absicht zum Schadensersatz verpflichtet, wogegen im Fall bloßer Fahrlässigkeit die beiderseitige Ver-

[1]) Nec enim salva fide minorem iis, quam suis rebus, diligentiam praestabit, l. 32 D. dep. 16, 3. cfr. l. 5 § 4 D. commod. 13, 6: res suas praetulit. Es ist gerade nicht absichtliche Zurücksetzung der fremden Angelegenheit erforderlich. Nach dem Bericht der l. 32 cit. hatte anscheinend Proculus aus der diligent. qualem suis einen Einwand gegen die von Nerva vertretene Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus entnommen.

[2]) Demelius, Ueber Compensation der Culpa in den dogmatischen Jahrb. V 2.

schuldung sich compensirt.[1]) Billigerweise kann nicht Schadensersatz verlangt werden, insoweit die Abwendung des Schadens dem Verletzten ohne sonderliche Schwierigkeit möglich war[2]), andererseits kann Demjenigen, dem von dem dolosen oder culposen Verhalten eines Anderen Schaden droht, nicht angesonnen werden, daß er mit aller Kraft und allen den Umständen nach erforderlichen Mitteln sich die Abwendung oder Abschwächung des Schadens angelegen sein lasse. Denn wie sollte der Muthwille oder die Unvorsichtigkeit des Anderen die Macht haben, den Bedrohten zur Kraftanstrengung und zu vielleicht kostspieligen Vorkehrungen zu verpflichten?[3])

V. Einfluß fremder Culpa.*)

Naturgemäß haftet man nur für die eigene Schuld sowohl in Contractsverhältnissen als außerhalb solcher.

Bei den Stipulationen perpetuirte die culpa des accessorisch Verpflichteten nur dessen Verpflichtung, nicht aber die des Principalschuldners. Daß umgekehrt die culpa des Letzteren die Verpflichtung des Ersteren perpetuirte, hat lediglich in der Accessionsqualität seinen Grund, da, wenn der Wegfall des Gegenstandes nicht den Fortbestand der Principalobligation alterirte, noch viel weniger davon der Fortbestand der accessorischen Obligation betroffen werden konnte.

Unter den Begriff der culpa aber fällt bei obligationes dandi nicht bloß die unmittelbare Herbeiführung einer physischen Unmöglichkeit der Leistung, sondern auch schon die mora, wenn demnächst die Sache casuell untergeht, ferner bei Eintritt juristischer Leistungsunmöglichkeit ein in Bezug hierauf dem Verpflichteten zur Last zu legendes schuldhaftes Verhalten, z. B.

---

[1]) ohne weitere Rücksicht darauf, ob dieselbe von der einen oder anderen Seite eine größere oder geringere ist. Der E. d. b. G. B. § 222 verstattet hier dem richterlichen Ermessen zu weiten Spielraum.

[2]) Der gewöhnlich dahin formulirte Satz: die Pflicht zum Schadensersatz fällt weg, wenn „der Beschädigte den Schaden hätte abwenden können", ist in dieser Allgemeinheit nicht haltbar. Die dafür beigebrachten Quellenzeugnisse lassen bei strenger Analyse nur Fälle übrig, wo der Schaden ausschließlich durch die eigene Culpa des Beschädigten entstanden ist, liefern also nur Beläge für den Satz: quod quis ex culpa sua damnum sentit, damnum sentire non videtur l. 203 D. de R. J. Ebenso falsch wie die Regel ist die für den Fall des Dolus gemachte Ausnahme. In den dafür angezogenen Stellen erscheint als Verschuldung ausschließlich entweder die Culpa des Beschädigten l. 28 § 1 ad leg. Aq. 9, 2, l. 45 § 1 D. a. e. v. 19, 1 oder der Dolus des Beschädigers, l. 9 § 4, l. 31 inf. D. ad l. Aq. 9, 2.

[3]) Daß die Unterlassung von Abwendungsmaßregeln als die „Ursache" des drohenden Schadens anzusehen sei, widerstreitet schon der gemeinen Logik. Es handelt sich hiebei überhaupt nicht darum, was die Ursache oder Hauptursache des Schadens sei, sondern lediglich um eine Frage de bono et aequo. A. M. Dernburg, P. § 45, N. 8!

*) Ubbelohde in Goldschmidt's Zeitschr. f. H. R. 7 S. 199 flgd. Goldschmidt, ebenda Bd. 16, S. 284 flgd. Burchardi, Ueber die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen bei der Erfüllung von Obligationen, 1841. v. Wyß, Die Haftung für fremde culpa 1867. Jhering, Jahrb. IV. S. 83—85. Schuldmoment S. 47. Dazu: Windscheid, Pand. § 401 Note 5.

wenn er, sein Eigenthum an dem Schuldgegenstand vorausgesetzt, geschehen läßt, daß der geschuldete fundus religiosus vel sacer, der geschuldete servus freigelassen oder von den Feinden gefangen wird, oder wenn diese Zufälle erst eingetreten sind, nachdem er den Gegenstand veräußert hatte, so daß also dieselben durch den neuen Eigenthümer verschuldet sind.[1]) Es liegt hierbei offenbar die Auffassung zu Grunde, daß der Eigenthümer bei gehöriger Sorgfalt und Energie in der Lage ist, derartige Zufälle abzuwenden.

Auch bei bonae-fidei-Contracten beschränkt sich die Vertretungspflicht auf die eigene culpa und wird diese in weitestem Sinne gefaßt. Der Verpflichtete hat zunächst kraft seiner Diligenz Vorsorge zu treffen, daß in Bezug auf die Contractsleistung nichts Schädigendes von Seiten der Hausangehörigen geschieht; debet enim omne, quod diligens paterfamilias in sua domo facit, et ipse facere l. 65 pr. D., de usufr. 7, 1, daß die zu einer Verrichtung angenommenen Leute, z. B. die Schiffsbemannung sich einer culposen oder gar dolosen Handlungsweise enthalten: culpa et dolo carere eos curare debet, l. 1 § 2 D., de exer. act. 14, 1. Er hat ferner darüber zu wachen, daß nicht unzuverlässige Leute bei ihm verkehren l. 11 pr. D. loc. 19, 2: culpa in inducendis sc. hominibus quod tales habuerit vel suos vel hospites l. 27 § 11 D. ad leg. Aq. 9, 2: si noxios servos habuit. Bei Uebertragung von Geschäften, z. B. des Rücktransports der geliehenen Sachen muß er die geeignete Persönlichkeit auswählen l. 12 § 1 (l. 10 § 1) D. commod. 13, 6. Er haftet sonst für culpa in eligendo, l. 27 § 9 D. ad leg., Aq. 9, 2, l. 60 § 7 i. f. l. 40, 41. D. loc. 19, 2.

Es kommt also in allen diesen Fällen auf irgend ein eigenes Verschulden des Verpflichteten (culpa in eligendo, culpa in custodiendo u. s. w.) hinaus.

Nichts anderes gilt auch bei der Werkverdingung. Die Ansicht, daß hier der Unternehmer für die Verschuldung seiner Angestellten und Gehülfen schlechtweg, d. h. ohne alle Rücksicht auf eigenes Verschulden[2]) haftbar sei, ist innerlich unhaltbar und findet in den Quellen keine Unterstützung. l. 25 § 7 D. loc. 19, 2, auf welche man sich hierfür beruft, enthält Nichts davon: Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit, culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. Die Stelle setzt offenbar voraus, daß die zugezogenen Leute nicht selbständig, sondern unter unmittelbarer Aufsicht und nach Anweisung des Unternehmers arbeiten, so daß ein von ihnen begangener Verstoß zugleich ein Verschulden

---

[1]) l. 91 § 1 D. de V. O. 45, 1: idemque fiat et si per alium, poste aquam alienatus sit (sc. fundus vel servus), id contigerit. s. oben. Hartmann, Obl. S. 226 flgd. referirt über diese Stelle, aber erklärt sie nicht und faßt S. 228 den Begriff der culpa viel zu eng.

[2]) im höchsten Grade unbillig, deshalb „praktisch verwerflich"! Die Motive zum Entw. d. B. G. B. zu § 224 Abs. 1 unterstellen eine Garantieübernahme.

des Letzteren bildet. Im Uebrigen deutet Nichts in dieser Stelle darauf hin, daß es sich um ein besonderes Recht der Werkverdingung handelt, vielmehr giebt die Motivirung lediglich den auch sonst geltenden Satz, daß der Verpflichtete bei Vermeidung eigener culpa nach allen Richtungen hin Diligenz zu präſtiren habe, wieder.[1])

Nichts läßt sich herleiten für das moderne Recht in dieser Frage aus dem Recht der Noxalklagen und der actio institoria u. A., da es sich bei diesen nicht sowohl um selbständiges Einstehen für fremde culpa, sondern um accessorische Mitverpflichtung handelt [2])

Daß es im Uebrigen bei der Dienstmiethe und Werkverdingung bezüglich der Haftung für Versehen der Gehülfen oder Vertreter darauf ankommen soll, ob ihm die Substitution solcher erlaubt war oder nicht, und im letzteren Fall er für die Handlungen derselben unbedingt einstehe, im ersteren Fall dagegen nur insofern, als er bei der Auswahl nicht die gehörige Sorgfalt angewendet hat[3]) — kann ich weder als quellenmäßig noch als in der Natur der Sache begründet anerkennen. Der Verpflichtete hat nun einmal in keinem Falle mehr als Diligenz zu präſtiren.[4])

VI. Custodia.*)

In keinem inneren Zusammenhange mit dem Begriff der diligentia steht der der custodia.

Wo die custodia, d. i. die Thätigkeit der Bewachung in der einen oder anderen Form, den Gegenstand einer Haupt- oder Nebenverpflichtung bildet (z. B. l. 1, § 12, 13 D. dep. 16, 3), kann in Bezug darauf sowohl dolus, culpa lata, culpa levis (culpa in custodiendo), als auch das periculum

[1]) Richtig interpretiren Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsr. 16 S. 284 und bes. Windscheid, Pand. § 401 Note 5 mit ausführlicher Begründung. Wenn Dernburg, P. § 38 N. 8 für die entgegengesetzte Ansicht betont, daß der Verfasser der Stelle (Gajus) dem aufgestellten Satze ausdrücklich eine allgemeine Tragweite zuschreibe, so ist das gewichtlos, da Gajus sich auf die recht nüchterne Bemerkung beschränkt, daß was von der zu transportirenden Säule, auch von Fässern und Balken und „noch von anderen Gegenständen" gelte!

[2]) Die dazu gehörige Stelle: l. 5 § 10 D. de inst. act. 14, 3, die noch Dernburg „dunkel" findet, ist sehr deutlich und richtig bereits von Vangerow, Pand. § 661 Nr. 4 erklärt worden.

[3]) So Windscheid, P. § 401.

[4]) Die in Bezug genommenen Stellen treffen nicht zu. l. 19, 21, 23 D. pro soc. 17, 2 bezieht sich auf den Fall, wo ein Socius mit einem außerhalb der Societät stehenden Dritten eine Untersocietät eingegangen war, was das Verhältniß der Societätsgenossen untereinander selbstverständlich in keiner Weise alterirt. l. 55 pr. § 2 D. de adm. tut. 26, 7 behandelt den Fall, wo einer von mehreren Vormündern einem dritten bezw. einem Mitvormund die Führung der Verwaltung überlassen hatte. Daß hierdurch an seiner solidarischen Mitverhaftung nichts geändert wird, ist selbstverständlich, quia tutorum periculum commune est in administratione tutelae. Es folgt daraus aber Nichts für jene angeblich bei der Dienstmiethe u. Werkverdingung Platz greifende Unterscheidung.

*) Brinz, Pand. Bd. 2 S. 261.

custodiae vorkommen. Das Uebernehmen der custodia: suscipere custodiam, hat häufig einen prägnanten Sinn, in welchem es geradezu mit recipere suo periculo, periculum custodiae subire identisch ist.[1]) Dies zeigt sich vor Allem deutlich in dem § 3 J. de empt. et vend. 3, 14: commodum ejus esse debet, cujus periculum est. Quod si fugerit homo, qui veniit, aut surreptus fuerit ita ut neque dolus neque culpa venditoris intervenerit: animadvertendum erit, an custodiam ejus usque ad traditionem venditor susceperit. Sane si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet: si non susceperit, securus est. Idem et in caeteris animalibus caeterisque rebus intelligimus. In derselben Weise wird das recipere beim receptum aufgefaßt. Der Uebernehmende wird also behandelt nicht bloß, wie „Jemand, der specielle custodia ausdrücklich versprochen hat"[2]) — denn dann müßte er schlechterdings befreit sein, wenn ihn keine culpa, nicht einmal culpa levissima trifft — sondern einfach als Jemand, der ausdrücklich das periculum rerum übernommen hat derart, daß er für Entwendung und Beschädigung bis zur vis major haftet. Daß er sogar auch für letztere einstehen soll, kann billigerweise und nach dem Sinne seiner Verpflichtung zum Tragen der Gefahr nicht angenommen werden. Damit verschwindet von selbst das scheinbare „Räthsel", daß einerseits der Uebernehmende haften soll, etiamsi sine culpa ejus res periit vel damnum datum est, andererseits aber seine Haftung nicht das damnum fatale und vis major mit umfaßt, l. 3 § 1 D. naut. 4, 9.[3])

VII. Klassification der Obligationen nach dem Umfang der Prästationspflicht.*)

Bei den Stipulationen wurde durchweg für culpa und zwar culpa levis gehaftet, weil der abstrakte, absolute Charakter dieser Art Verpflichtung für eine individuelle Abstufung der Prästationspflicht keinen Anhalt bot: auch für culpose Unterlassung war bei entsprechendem Obligationsinhalt (z. B. rem tradere) der Stipulationsschuldner verantwortlich, arg. l. 91 pr. D. de V. U. 45, 1: qui dare promisit, ad dandum, non faciendum

[1]) Vergl. über diesen Sprachgebrauch die bei Windscheid, P. § 384 Note 6 citirten Stellen, insbesondere l. 55, l. 60 § 6 D. loc. 19, 2, l. 4 pr. D. naut. 4, 9, l. 1 § 4 D. furt. adv. naut. 47, 5: recipiendo (sc. nauta) periculum custodiae subiit. l. 14 § 7 D. de furt. 47, 2.

[2]) wie Windscheid § 384 Note 6 will.

[3]) Abwegig ist die Erklärung des § 3 J. cit. von Dernburg, P. § 37, zu Note 7, indem er das Tragen des periculum daraus erklären will, daß der Schuldner nicht die contractlichen Bestimmungen über das Maß der Bewachungspflicht beobachtet, „nicht sein Wort gehalten hat". Wie? wenn, wie im Fall des § 3 J. cit. u. l. 55 D. loc. keine solche besonderen Bestimmungen getroffen sind oder der Verpflichtete sorglichst die etwaigen Bestimmungen eingehalten hat? Hier trägt er nach § 3 J. cit., sowie beim receptum das periculum genau ebenso, als wenn Nichts bestimmt war und ihn kein Wortbruch trifft.

*) Bethmann-Hollweg a. a. O. Mommsen, Beiträge III. S. 391 flgd.

tenetur. Ebenso erforderte, wie nach inneren Gründen nicht zweifelhaft sein kann, die Culpa des Stipulationsschuldners Zurechenbarkeit.[1])

Bei den bonae-fidei Contracten entschied das Billigkeitsprincip, daß, wer von dem Geschäft keinen Vortheil hatte, nur dolus und lata culpa, derjenige dagegen, dessen Vortheil dadurch bezweckt wurde, also bei zweiseitigen Geschäften, beide Theile für diligentia und culpa levis einzustehen hatten. Für die Frage, wessen Vortheil bezweckt wird, kommt nicht sowohl der objective Geschäftszweck, als vielmehr der concrete faktische Zweck in Betracht. Das Commodat z. B. ist seinem objectiven Zweck nach auf den Vortheil des Commodatars gerichtet, kann aber unter Umständen in seiner concreten Gestaltung auch einen Vortheil des Commodanten in sich schließen, z. B. si utriusque gratia commodata sit res, veluti si communem amicum ad coenam invitaverimus, tuque ejus rei curam suscepisses et ego tibi argentum commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas. Sed videndum est, ne et culpa praestanda sit, ut ita culpae fiat aestimatio sicut in rebus pignori datis (societatis?) et dotalibus aestimari solet l. 18 pr. D. 13, 6. Die am Schluß hier erwähnte Controverse betraf nur den Grad der vom Empfänger zu prästirenden Verantwortlichkeit. Wie aber, wenn in Folge Schadhaftigkeit der hergegebenen Geräthschaften Speisen und Getränke verdorben sind (si ibi infusum vinum vel oleum corruptum effusumve est § 3 cit.) und dem Empfänger Schaden erwachsen ist? Haftet hier nicht zweifellos auch der Geber für culpa et diligentia? während im gewöhnlichen Fall des Commodats der Geber Mangels eines Vortheils für ihn nur für dolus haftet, also si sciens vasa vitiosa commodarit l. 17 § 3 und l. 18 § 3 D. commod. 13, 6. Beim Schenkungsversprechen ist — beim Wegfall der Stipulationsform — obiger Regel gemäß nach heutigem Recht nur Dolus zu prästiren.[2])

Der Satz, daß nicht diligentia zu prästiren ist von dem, der von dem Geschäft keinen Vortheil hat, tritt von selbst außer Anwendung, wo das Geschäft, trotzdem dasselbe unentgeltlich auszuführen ist, seiner Natur und seinem Begriffe nach mit der gehörigen Sorgfalt verrichtet werden muß. So: Mandat und Negotiorum Gestio.[3]) Ausführung eines Geschäfts heißt: die ordnungsmäßige und gewissenhafte Ausführung. Die Uebernahme wäre

---

[1]) Hartmann, Obl. S. 228 Note 6 will zwischen älterer und neuerer Auffassung unterscheiden. In l. 91 § 2 D. de V. O. 45, 1: de illo quaeritur, an et is, qui nesciens se debere (servum) occiderit, teneatur, quod Julianus putat in eo, qui, quum nesciret a se petitum codicillis, ut restitueret, manumisit, bezieht sich der Zweifel offenbar nicht darauf, ob bei der verb. obl. Zurechnung zur culpa erforderlich, sondern bloß darauf, ob in dem von Julian behandelten speciellen Fall ohne Weiteres Zurechnung anzunehmen sei oder nicht, da sonst schlechthin und für alle Fälle die Haftung hätte ausgesprochen werden müssen.

[2]) vgl. Mommsen, Beiträge III. S. 394 u. Note 7. § 442 E. d. B. G. B.

[3]) l. 11, 13, 21 C. mand. 4, 35. l. 11 D. de neg. g. 3, 5. l. 6 D. de adm. rer. civ. 50, 8 Paul. sent. I. 4, 1.

ohne allen Werth und nicht, was sie doch sein will, eine Gefälligkeit, wenn die Pflicht des Mandatars oder Gestors mit der bloßen Vermeidung von Dolus und grober Fahrlässigkeit erschöpft sein sollte.[1])

Ebenso steigert sich die Verantwortlichkeit auf omnis culpa für den, welcher sich für ein Geschäft aufdringt oder unaufgefordert anbietet.[2])

Der Negotiorum Gestor, der aus den angegebenen Gründen regelmäßig für culpa levis einsteht, ist, wenn er zur Abwendung einer unmittelbar drohenden Gefahr intervenirte, nur für Dolus verantwortlich, l. 3 § 9 D. de neg. gest. 3, 5.

Bei gewissen Verhältnissen beschränkt sich, der eigenthümlichen Natur derselben entsprechend, die Haftung auf culpa in concreto. So bei der Societät und communio incidens[3]), Obligation des Ehemannes hinsichtlich der Dos und der in seine Verwaltung gegebenen Parapherna[4]), sowie bei der obligatio des Vormunds[5]), der jedoch einerseits, wenn er sich aufgedrängt hat[6]), wieder für omnis culpa haftet, andererseits, wo es sich um nothgebrungene Geschäfte handelt (z. B. Ankauf von Grundstücken mit dem müßig liegenden Gelde des Pupillen, l 7 § 2 D. de adm. tut. 26, 7) nur für dolus und lata culpa. Wegen Unvollkommenheit des obligatorischen Bandes wurde nach römischem Recht bei einigen obligationsähnlichen Verhältnissen, Prekarium, actio in factum gegen den mensor (und wohl bei technischen Dienstleistungen überhaupt), missio in possessionem nur dolus und culpa lata prästirt, während nach heutigem Recht auch für diese Verhältnisse die regelmäßige Haftung für Diligenz einzutreten hat.

Die Erben des Vormunds, sofern sie zur Vollendung angefangener Geschäfte gehalten sind, d. i. die großjährigen männlichen Erben, succediren doch nicht eigentlich in das vormundschaftliche Pflichtverhältniß, und haften deßhalb wie bei nothgebrungener Geschäftsführung nur wegen Dolus und lata culpa.[7]) Exceptionell ist es, daß die Erben des Vormunds lediglich für dolus und culpa lata des letzteren haften.[8])

Die Abstufung der Prästationspflicht nach Maßgabe des für den Verpflichteten bei dem fraglichen Schuldverhältniß bezweckten Vortheils und die Berücksichtigung individueller Verhältnisse ist zwar ein Postulat reinster Billigkeit, steht aber nicht mehr in Einklang mit dem modernen Rechtsbewußtsein, welches eine stärkere Anspannung des Schuldners fordert. Wer einmal eine

---

[1]) Es gilt hier der Satz: adjuvari quippe nos, non decipi, beneficio oportet l. 17 § 3 D. commod. 13, 6.

[2]) l. 1 § 35 D. dep. 16, 3. l. 53 § 3 D. de furt. 47, 2.

[3]) l. 72 D. pro soc. 17, 2, l. 25 § 16 D. fam. erc. 10, 1.

[4]) l. 17 pr. D. de jure dot. 23, 3, l. ult. C. de pact. conv. 5, 14.

[5]) l. 1 pr. D. de tut. act. 27, 3.

[6]) l. 53 § 3 D. de furt. 47, 2.

[7]) l. 1 § 16 D. de tut. act., l. 39 § 6 D. de adm. tut. 26, 7, l. 4 D. de mag. con. 27, 8, l. 1 C. de herd. tut. 5, 54.

[8]) l. 1 C., l. 4 D. cit.

Verpflichtung übernommen hat, ist schlechterdings — ohne Unterschied der Fälle — zur Diligenz verpflichtet, hat also omnem culpam zu vertreten. Dies muß vor Allem beim Depositum gelten. Entweder deponirt man, damit ordentlich verwahrt werde, oder man deponirt gar nicht.[1])

Die Festhaltung der diligentia qualem suis hat vollends gar keine Berechtigung, ist auch unpraktisch, da jeder rechtlich denkende Socius und Ehegatte ohnehin die möglichst umsichtige und gewissenhafte Führung der ihm anvertrauten Angelegenheiten anstreben und bei normalen Geisteskräften seiner Diligenz sich mit der diligentia diligentis patrisfamilias decken wird, nöthigenfalls aber der Betreffende in Dingen, denen er nicht gewachsen ist, den Rath zuverlässiger anderer Personen einholen mag, wie dies auch thatsächlich wohl zumeist im Leben geschieht.[2])

VIII. Gegenstand des Ersatzanspruches und Beweislast.

Der culpose Schuldner hat das volle Interesse zu vergüten. Dem Gläubiger liegt ob der Beweis seines Forderungsrechts, sowie, daß dessen Realisirung vereitelt bezw. unmöglich geworden ist. Der Schuldner hat seine Befreiung zu beweisen, d. i. daß die Vereitelung bezw. Unmöglichkeit in einer ihn nicht belastenden Weise: ohne präſtable Culpa erfolgt ist.[3]) Beruft er sich für die Nichtpräſtibilität auf das Verhalten in seinen eigenen Angelegenheiten, so hat er (also bei culpa in concreto) die Art dieses Verhaltens zu beweisen. Unter Umständen kann der letztere Beweis dem Gläubiger obliegen, nämlich wenn er in Fällen, wo der Schuldner nur für Dolus einzustehen hat, den Vorwurf des Dolus daraus herleiten will, daß der Schuldner nicht einmal diligentiam qualem suis präſtirt hat, während nach dem vom Schuldner geführten Beweise das zu Grunde liegende Verschulden an sich nur als culpa levis sich herausstellt.[4])

IX. Die Culpa bei Correal- und alternativen Obligationen ist bereits ihres Orts behandelt worden.[5])

---

[1]) Mit Recht setzt der Entwurf des b. G. B. § 224 principiell die Haftung für Vorsatz wie für Fahrlässigkeit fest. Ausnahmen in § 442 (Schenker) § 550 (Verleiher) § 750 (neg. gest.)

[2]) Unerträglich ist die Beschränkung der Vertretungspflicht auf culpa in concreto beim Vormund, und hat der Entwurf § 1696 mit Recht sie hier fallen lassen. Befremdlich ist, daß sie für den Socius, § 633, und für den Ehemann, § 1279, beibehalten wird.

[3]) Ebenso Entwurf d. b. G. B. § 239.

Dies gilt auch von dem Fall, wo der Beklagte bloß für Arglist haftet. Die Behauptung, daß der Gläubiger das Dasein der Arglist erweisen müsse, ist unhaltbar, wie Windscheid, P. § 265 Note 17, mit Recht ausführt. „Ohne hinreichende Gründe widersprechend" Hartmann, Obl. S. 246—247, zumal in dem Beweisthema, welches er S. 246 dem Beklagten auferlegt, implicite die Abwesenheit von Dolus mitbegriffen ist!

[4]) vergl. Windscheid, P. § 265, N. 6 und Anm. 19.

[5]) oben §§ 17; 46—48.

§ 78. Vis major.*)

Man spricht im Anschluß an gewisse Aussprüche der Quellen von: „Haftung bis zur höheren Gewalt" und scheint geneigt, einerseits diese als einen besonderen Grad der Haftung der gewöhnlichen Haftung für diligentia diligentis patrisfamilias gegenüberzustellen[1]), wie andererseits den Begriff der vis major als eine besondere Art des juristischen Casus herauszuheben. Völlig indifferent sind zunächst folgende Aussprüche: l. 13 § 1 D. de pign. act. 13, 7, betreffend die Prästationspflicht des Pfandgläubigers: venit in hac actione sc. pigneratica et dolus et culpa, ut in commodato, venit et custodia: vis major non venit (Ulpianus). l. 14: ea igitur, quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur (Paulus), ferner l. 30 eod., betreffend die Retention des Pfandes: si invito ratiario sc. ratem pigneratam retinuisset et postea flumen crevit et ratem abstulit) ejus periculo ratem fuisse: sed si debitor sua volumtate concessisset, ut retineret, culpam duntaxat ei praestandam, non vim majorem (Paulus),

ferner l. 2 § 1 D. de peric. et comm. 18, 6: custodiam autem ante admetiendi diem, qualem praestare venditorem oporteat, utrum plenam, ut et diligentiam praestet, an vero dolum duntaxat, videamus? Et puto, eam diligentiam venditorem exhibere debere, ut fatale damnum vel vis magna sit excusatum (Gajus). Aehnlich die Ausdrücke in l. 3 § 1 inf. D. de rec. 4, 9: hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa ejus res periit vel damnum datum est: nisi si quid damno fatali contigit .... Idem erit dicendum, et si in stabulo aut in caupona vis major contigerit (Ulp.). Diese Aeußerungen besagen einfach Nichts Anderes, als daß der Gläubiger bezw. Verkäufer eben nicht für casus, sondern nur für diligentia haftet. Dies wird vollkommen bestätigt durch die Ausdrucksweise der l. 5 § 4 D. commod. 13, 6: Quod vero senectute contigit vel morbo vel vi latronum ereptum est: aut quid simile accidit, dicendum est, nihil eorum esse imputandum ei, qui commodatum accepit: nisi aliqua culpa interveniat. Proinde et si incendio vel ruina aliquid contigit, vel aliquod damnum fatale, non tenebitur, nisi forte, cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit. § 5. Custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestare (Ulpianus), ebenso l. 18 pr. D. eod.: in rebus commodatis talis diligentia

---

*) Goldschmidt in seiner Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 3 S. 79 flgd., 331 flgd., Bd. 16 S. 328. Exner, Begriff der höheren Gewalt in Grünhut's Zeitschr. Bd. 10 S. 495. Dernburg ebenda Bd. 11 S. 334. Huber, höhere Gewalt, Bern 1885. Hafner, Begriff der höheren Gewalt im Deutschen Transportr., Zürich 1886.

[1]) So besonders Baron, Arch. f. civ. Praxis, Bd. 52 S. 44 flgd., 92 flgd., der hieraus den Begriff eines „diligentissimus paterfamilias" construiren will! S. dagegen Windscheid, P. § 101 Anm. 8. Nicht allzu fern steht dieser Auffassung auch Dernburg, § 39. a. E.: „umsichtigste Schutzvorrichtungen.".

praestanda est, qualem quisque diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet: ita ut tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit, veluti mortes servorum, quae sine dolo et culpa ejus accidunt, latronum hostiumve incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum qui custodiri non solent (Gajus).

Hieraus ergiebt sich zunächst ebenfalls nur, daß der Commodatar für culpa und diligentia und für Nichts Anderes einsteht, insbesondere nicht für wirklichen casus.

Zugleich liegt aber darin noch folgender Gedanke: Der bloße zufällige Eintritt schädlicher Ereignisse für sich befreit den Schuldner noch nicht. Die gehörige Diligenz erfordert in manchen Verhältnissen, daß man diesen Ereignissen zu begegnen, sie zu überwinden sucht, und man ist erst dann ohne Schuld, wenn die einem diligens paterfamilias zuzumuthende Widerstandskraft denselben nicht gewachsen ist.

Das Maß der aufzuwendenden Diligenz ist nämlich nicht ein für alle Fälle gleiches, sondern richtet sich nach der Natur des Geschäfts und Gegenstandes, sowie den begleitenden, oft sehr eigenartigen Umständen. Wer z. B. einen Transport durch Gegenden übernimmt, in denen räuberische Ueberfälle vorzukommen pflegen oder auch nur im gegebenen Falle zu befürchten sind, muß Vorsorge treffen, daß derartige Unfälle erfolgreich abgeschlagen werden. Insbesondere gilt dies vom Betriebe gewisser Gewerbe und Verkehrsunternehmungen, mit denen ihrer Natur nach, wie z. B. beim Eisenbahnbetriebe, eigenthümliche Gefahren verbunden sind, denen gegenüber der Unternehmer zum Schutz von Personen und Sachen zu entsprechenden Cautelen verpflichtet ist.[1]) Die Beschaffung und überdies im gegebenen Falle energische Anwendung der erforderlichen Sicherungsmaßregeln liegt im Begriff der dem Unternehmer obliegenden concreten Diligenz. Es handelt sich also in allen diesen Fällen nicht um einen neuen, höheren Grad der Diligenz, sondern einfach um die gemeine diligentia diligentis patrisfamilias in Anwendung auf eine eigenartige Constellation und Complication der in Betracht kommenden Verhältnisse.

Ebenso ist die nach der „Art und Wucht ihres Auftretens jene Diligenz überwältigende Macht der Ereignisse Nichts als der gemeine juristische Casus in besonderer Form.[2])

Das Kriterium der Unüberwindlichkeit und Unvermeidlichkeit jener Ereignisse hat keine juristische, sondern lediglich faktische, charakterisirende Bedeutung[3]) und fällt gewissermaßen in den Rahmen einer Naturgeschichte des

---

[1]) Vom Begriff der höheren Gewalt wird daher gerade im Transportrecht (H. G. B. Art. 395, 607) und in Bezug auf Eisenbahnunfälle im Reichshaftpflichtgesetz v. 7. Juni 1871 § 1 Anwendung gemacht.

[2]) Der Begriff der vis major hat in der mittelalterlichen und neuern Doktrin und Praxis eine eigenthümliche Entwickelung erhalten, welche dargelegt zu haben das Verdienst der Abhandlung Exners a. a. O. ist.

[3]) Es ist deßhalb ohne sonderlichen Belang, ob man die vis major (mit Dernburg a. a. O. u. P. u. § 39 Note 6) als Etwas, was die menschliche Vorsicht und Kraft über-

verderblichen casus, mit welcher allerdings die ältere Theorie durch zahllose müßige Unterscheidungen (z. B. casus soliti, insoliti, insolitissimi, provisi, improvisi, evitabiles, inevitabilis) und durch möglichst vollständige Specificirung der verschiedenen Fälle (z. B. Fälle in Kriegs- und Friedenszeiten) auf dem besten Wege war.

Die Abtrennung des Begriffs der vis major von dem allgemeinen Begriff des casus, sowie der „Haftung bis zur höheren Gewalt" von der Prästation der culpa überhaupt erscheint mir als ein gelinder Rückfall in den alten Irrthum.

§ 79. Prästationspflicht für anfängliche Hindernisse der Erfüllung.

Unter dieser Kategorie behandelt Hartmann, Oblig. S. 195 flgd. eine Reihe von Fällen, in denen schon bei Begründung der Obligation bezw. bei Abschließung des Vertrages der Obligationsleistung Hindernisse entgegenstehen, insbesondere bei Sachleistungen theils der Mangel des zur Leistung erforderlichen Rechts, theils Mangel der erforderlichen faktischen Verfügungsgewalt, ferner bei Dienstleistungen Hindernisse in der Person des Verpflichteten, wie Krankheit, Mangel der gehörigen Sachkunde und Geschicklichkeit. Die erörterten Fälle sind theils solche, in denen trotz der entgegenstehenden Hindernisse die Leistung den Gegenstand einer gültigen Obligation bildet, theils solche, in denen eben wegen jener Hindernisse eine andere Leistung substituirt und als Obligationsgegenstand eingetreten ist. Es leuchtet zunächst ein, daß in den Fällen der ersteren Art (Stipulation oder Kauf einer fremden Sache) es sich einfach um Leistung des wahren Obligationsgegenstands, also lediglich um die Erfüllung der Obligation und eventuell das Erfüllungsinteresse, also einfach um die Leistungspflicht, keineswegs aber um eine davon verschiedene Einstands- und Vertretungspflicht handelt. Es ist daher weder dogmatisch noch systematisch ein Bedürfniß vorhanden, hier eine besondere Kategorie von Prästationspflicht zu unterscheiden. Dasselbe gilt von den Fällen der zweiten Art. Die Leistung, der die Hindernisse entgegenstehen, kommt gar nicht mehr in Betracht, sondern es handelt sich nach dem Willen der Parteien oder des Testators um eine auf eine ganz andere Leistung gerichtete Obligation. So beim Vermächtniß einer fremden Sache kraft eines zu subintelligirenden eventuellen Vermächtnißwillens[1]) um Leistung der aesti-

---

steigt, l. 18 pr. D. commod. 13, 6, l. 4 C. de peric. tut. 5, 38, l. 6 C. de pign. act. 4, 24, l. 13 C. mand. 4, 35, l. 1 § 4 D. de O et A 44, 7 et saep.) oder mit (Exner a. a. O. und Hafner a. a. O.) als ein Ereigniß bezeichnet, das „vermöge der Art und Wucht seines Auftretens die im ordentlichen Laufe des Lebens zu gewärtigenden Zufälle augenscheinlich übersteigt.

[1]) Eben dieser eventuelle Wille, nicht aber, daß die Vermächtnißobligation auf fremdem Willen beruht, ist der Grund, daß der Sachwerth zu leisten ist und die Verpflichtung sich auf diesen beschränkt. Dies gegen Hartmann, S. 201 Note 5.

matio oder bei mangelnder faktischer Verfügungsgewalt um die Verpflichtung zum operam praestare, ut heres eam rem requirat et praestet (l. 39 D. de leg. 1) oder bei obligatio mandati und Verhinderung des Mandatars um Pflicht der Bemühung und Anzeige des Hinderungsgrundes. Für eine Prästationspflicht wegen der gedachten Hindernisse ist kein Raum, vielmehr handelt es sich lediglich darum, ob und inwiefern durch solche die Entstehung der Obligation auf den fraglichen Gegenstand vereitelt wird oder nicht, ein Gesichtspunkt, aus welchem auch Windscheid, Pand. § 315 und Note 3 bis 5, diese Fälle in Verbindung mit den Fällen einer wahren Unmöglichkeit der Leistung betrachtet.

§ 80. Culpa in contrahendo.*)

Der Begriff der culpa in contrahendo darf nicht so allgemein gefaßt werden[1]), daß darunter jede bei Gelegenheit von Contractsverhandlungen vorgekommene Schadenszufügung, soweit sie nicht unter einen speciellen anderen Thatbestand, etwa den der lex Aquilia, fällt, mitumfaßt werden könnte, und es sich dabei wesentlich um eine Verallgemeinerung des aquilischen Princips und überhaupt um außercontractlichen Schadensersatz handeln würde. Der Begriff steht vielmehr in engerer Beziehung zu nichtigen und nicht zur Perfection gelangten Verträgen und ist dabei vorzugsweise an Fälle zu denken, wo Jemand durch den andern Theil zum Abschluß eines nichtigen Vertrages verleitet oder in den Glauben versetzt worden ist, daß der intendirte Vertrag zur Perfection gelangen werde. Die Verpflichtung des einen Theils zum Ersatz des dem anderen in Folge davon erwachsenen Schadens setzt nothwendig Verschuldung voraus. Die herrschende Meinung verlangt dolus oder lata culpa, Jhering: den nach der Art des Vertrages zu prästirenden Grad von Verschuldung.

Für erstere und gegen Letzteren spricht die Behandlung der Prästationspflicht bei den Verhältnissen, in denen es an einem vollkommenen Obligationsnexus fehlt. Ebenso ist es unhaltbar, mit Jhering ein vertretbares Verschulden schon darin zu finden, daß Jemand contrahirt, ohne seiner Sache völlig gewiß zu sein, da das Verhalten desselben unter Umständen durchaus entschuldbar sein kann. Ebensowenig aber läßt sich mit Windscheid § 307 Note 5 u. A. aus dem Verhalten, durch welches ein Anderer veranlaßt worden ist, einen ungültigen Vertrag abzuschließen, oder auf das Zustandekommen eines solchen zu rechnen, eine mandatsähnliche Haftung ableiten (cfr. l. § 5 D. mand. 17, 1, oben S. 348). Die Quellenaussprüche[2]) in ihrer Gesammtheit liefern folgendes Resultat:

---

*) Jhering, Jahrbücher f. Dogmatik IV 1 (1861), dessen Lehre nach heftigem Widerspruch endlich durchzudringen scheint.

[1]) wie z. B. bei Dernburg, P. II § 10 und besonders Note 8.

[2]) § 5 J. de empt. vend. 3, 24. l. 8 § 1 D. de relig. 11, 7. l. 62 § 1 D. de contr. empt. 18, 1. l. 8, 9 D. de hered. vend. 18, 4. l. 21 pr. D. de act. empt. 19, 1 l. 39 D. eod. 19, 1.

Wie für die Vertragserfüllung, so gelten nach Treu und Glauben auch in Bezug auf die Vertragsschließung gewisse Pflichten. Jeder Theil ist verbunden, dem anderen über alle Sachmomente, von denen er den Umständen nach annehmen mußte, daß sie für die Entschließungen des anderen von Erheblichkeit sind, insbesondere über etwaige, dem gültigen Vertragsabschluß entgegenstehende Hindernisse thunlichst Aufschluß zu geben.[1]) Seine Verpflichtung kann sich jedoch naturgemäß nur soweit erstrecken, als ihm die einschlägigen Verhältnisse bekannt waren oder hätten bekannt sein müssen.[2]) Andererseits macht er sich hinwieder verantwortlich, wenn er über Punkte, von denen er nicht gehörig unterrichtet ist, unrichtige Aufschlüsse ertheilt.[3]) Er darf ferner redlicherweise den anderen Theil über seine wahren Absichten hinsichtlich der Perfection des Vertrages, insbesondere, wenn er sich zum Abschluß nur unter gewissen Voraussetzungen verstehen will, über diese nicht in Zweifel lassen, hat ihm auch von einer vor der Acceptation der Offerte etwa eingetretenen Sinnesänderung rechtzeitig Mittheilung zu machen.[4])

Das Princip der culpa in contrahendo kommt fast zum unmittelbaren Ausdruck in dem in l. 39 D. de act. e. 19, 1 mitgetheilten Responsum des Herennius Modestinus: si quid circumveniendi emptoris causa venditor in specie, de qua quaeritur, fecit, ex emto actione conveniri posse.

Die Verabsäumung der dem Contrahenten beim Contrahiren obliegenden Pflichten macht zum Ersatz des sog. negativen Vertragsinteresse verantwortlich, d. i. des Interesse, welches der andere Theil daran hatte, daß er nicht in eine Täuschung über die wahre Sachlage, nämlich in Irrthum über die Gültigkeit des Geschäftsabschlusses bezw. das Perfectwerden des Geschäfts versetzt worden wäre, quod sua interest, eum deceptum non esse. § 5 J. de empt. 3, 24, quod interfuit ejus, ne deciperetur l. 62 § 1 D. de contr. e. 18, 1.

Der Anspruch ist an sich kein contractlicher, wohl aber ein quasicontractlicher (l. 8 § 1 D. de relig. 11, 7: cum quasi ex empto actionem sustineat), und wurde im röm. Recht bald durch actio in factum (l. 8 § 1

---

[1]) l. 39 D. de act. empt. 19, 1: si sciens aliquam partem certam se non possidere — non certiora verit emptorem, an exempto judicio teneatur . . . . ex empto eum tenere debere.

cfr. l. 13 § 3 D. de a. e. 19, 1: qui scit praemonere debet. l. 1 § 1 D. de aed. ed. 21, 1.

[2]) l. 39 D. cit. 19, 1: sed ea, quae ignoravit et de quibus emptorem certiorare nequivit? l. 21 § 1 D. eod.: Si praedii venditor non dicat de tributo sciens, tenetur ex empto: quod si ignorans non praedixerit, quod forte hereditarium praedium erat, non tenetur.

cfr. l. 6 § 4 D. eod.

[3]) arg. l. 13 § 3 cit.: qui ignoravit, non debet facilis esse ad temerariam indicationem.

[4]) Windscheid § 307 zu Note 4 und 5. Selbstverständlich ist es unverfänglich und jedem Theil unverwehrt, die Verhandlungen beliebig abzubrechen. Aber er darf auch nicht den anderen Theil in dem Glauben lassen, daß die Verhandlungen ihren Fortgang nehmen und zum Vertragsschluß führen werden! Dies gegen Dernburg a. a. O. Note 8 a. E.

D. cit.), bald, falls einmal der Vertrag, obschon ungültig, geschlossen war, bei der den römischen Juristen geläufigen Ausdehnung der Contractsklage auf ungültige Geschäfte mittelst der einschlägigen Contractsklage geltend gemacht.[1])

Zur Begründung des Anspruchs genügt ganz unabhängig von dem zu prästirenden Grade der Contractsculpa jede culpose Verletzung der Verkehrstreue in Bezug auf den abzuschließenden Contract.[2])

§ 81. Neuere Gesetzgebung.

In dieser ist bei Normirung der Einstandspflicht trotz des stark modificirenden Einflusses neuerer Theorien die römische Grundlage unverkennbar.

Nach preuß. Landr. (I. 5 §§ 277—281) erstreckt sich die Vertretungspflicht auf Vorsatz und grobes Versehen in allen Fällen, auf mäßiges Versehen bei zweiseitigen Obligationen, auf geringes Versehen bei einseitigem Vortheil des Schuldners, bei Uebernahme von Geschäften, die besondere Sach- oder Kunstkenntnisse voraussetzen, bei Verbindlichkeiten, die unmittelbar aus dem Gesetz entspringen (I, 16 § 13), bei der Vormundschaft in den Fällen: II, 18 §§ 277—280, bei ungerufener Einmischung in fremde Angelegenheiten (I, 9 § 457; I, 13 § 245; II, 18 § 281), bei Aufträgen, die man als Kunst- oder Sachverständiger gegen Entgelt übernommen hat (I, 13 §§ 57, 58), beim Receptum (II, 8 § 447), auf Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten: beim einfachen Mandat (I, 13 § 55), Depositum (I, 14 § 11), bei der Verwaltung (I, 14 § 109), Gesellschaft (I, 17 § 211), Verwaltung des Eingebrachten (II, 1 §§ 554, 555).

Der Schadenersatz ist nach dem Grade des Verschuldens abgestuft und umfaßt bei Vorsatz und grobem Versehen, sowie in den Fällen der §§ 289 bis 291 I 5 das volle Interesse, bei mäßigen und geringen Versehen nur den wirklichen Schaden.

Der Code civil verbindet bei Obligationen auf ein Geben mit eigentlichem Inhalt derselben die weitere Pflicht, die Sache bis zur Ueberlieferung mit der Sorgfalt eines guten Hausvaters aufzubewahren, ohne Unterschied, ob der Vertrag beiden Theilen oder nur einem Theile zum Vortheil gereicht (art. 1136, 1137). Die Vertretung der culpa levis bildet somit die Regel. Ausnahmsweise haftet der Depositar für culpa in concreto (art. 1927), unter Umständen jedoch auch für culpa in abstracto (art. 1928).

---

[1]) S. hierüber oben S. 352.

[2]) In richtiger Begrenzung ist der Anspruch aus culpa in contrah. im Entw. des b. G. B. § 345 behandelt: durch Stellung auf Fahrlässigkeit überhaupt und unter Beschränkung des Maximalbetrages auf den Betrag des Erfüllungsinteresse.

l. 8 § 1 D. de rel. 11, 7, l. 8 D. de h v. 18, 4, l. 21 pr. D. a. e. 19, 1 heben die culpa zwar nicht hervor, setzen sie aber entschieden voraus.

Das preuß. Landr. anerkennt Vertretung der culpa in contr. im Umfange der Contractsculpa I, 5 § 284. cfr. I 5 § 53, I, 11 § 40. Das österr. G. B. will die Grundsätze vom dolus causam dans und incidens analog angewendet wissen, § 873.

Auf culpa lata beschränkt sich die Haftung des Beneficialerben den Gläubigern und Legatarien gegenüber (art. 804), ferner kann die regelmäßige Haftung aus besonderen Gründen durch den Richter herabgemindert werden bei der Negot. Gestio (art. 1374), ebenso soll sie sich mindern bei dem Bevollmächtigten, dessen Auftrag unentgeltlich ist (art. 1992).

Die Obligation auf ein Thun oder Unterlassen löst sich im Fall der Nichterfüllung bezw. Zuwiderhandlung in einen Anspruch auf Schadenersatz auf. Dieser beschränkt sich jedoch auf den positiven oder negativen Schaden, den man bei Eingehung des Contracts vorausgesehen hat oder voraussehen konnte, jedoch selbst im Fall der Arglist nur insoweit er die unmittelbare und direkte Folge der Nichterfüllung ist (art. 1150, 1151). Bei der Werkverdingung haftet der Unternehmer für seine Gehülfen (art. 1797 cfr. art. 1384), ebensowie nach preuß. Landr. I, 11 §§ 929, 930.

Die Abstufung des Schadensersatzes nach Art und Grad des Verschuldens und seine Beschränkung auf den direkten und vorauszusehenden Schaden beruht auf der im 17. u. 18. Jahrh. sehr verbreitet gewesenen Theorie des Molinaeus.[1])

Das österr. Gesetzbuch gewährt sowohl bei contractlicher als außercontractlicher Beschädigung im Fall des dolus und der lata culpa volle Genugthuung, d. i. das volle Interesse, in den übrigen Fällen aber nur eigentliche Schadloshaltung, d. i. Ersatz des positiven Schadens (§§ 1324, 1295). Der Werkmeister haftet bei Substitution eines Andern für culpa in digendo, § 1161.

Das sächsische Gesetzb. erkennt die Perpetuation der Obligation bei verschuldeter Unmöglichkeit ausdrücklich an, § 721. Im Allgemeinen erstreckt es die Haftung auf culpa levis (§ 728). Derjenige, welcher von dem Geschäft keinen Vortheil hat, haftet nur für dolus und culpa lata, § 728, es wäre denn, daß er sich zu dem Geschäft aufgedrängt oder unaufgefordert angeboten hat, sowie, wenn er ohne Auftrag fremde Geschäfte besorgt, § 729. Bloß diligentia quem suis ist zu prästiren vom Gesellschafter §§ 1368—1371, vom Miteigenthümer § 336, Ehemann § 1655, Vater § 1817, Vormund § 1949. Der Gastwirth haftet bis zur höheren Gewalt und ist frei, wenn der Fremde oder dessen Leute den Schaden verschulden oder dieser in der Beschaffenheit der eingebrachten Sachen seinen Grund hat, § 1285.

Das schweizerische Obligationenrecht macht den Schuldner für jede Fahrlässigkeit verantwortlich, will ihn jedoch milder beurtheilen, wenn das Geschäft keinerlei Vortheil für ihn bezweckt (art. 113), ferner für das Verschulden der seiner Autorität untergeordneten Familienglieder, Angestellten und Arbeiter, überdies juristische Personen, wenn sie ein Gewerbe betreiben, für Verschulden ihrer Vertreter, Angestellten oder Arbeiter bei deren geschäftlichen Verrichtungen (art. 115). Den Betrag des Schadens soll der Richter nach freiem Ermessen feststellen, jedenfalls aber der Schaden ersetzt werden, der bei Eingehung des Vertrages als unmittelbare Folge der Nichterfüllung

---

[1]) Cohnfeldt, Interesse S. 271, 17.

oder der nicht gehörigen Erfüllung vorhergesehen werden konnte, bei schwerem Verschulden nach richterlichem Ermessen auch in einem weiteren Umfange (art 116).

Die Schadensersatzpflicht modificirt sich bei concurrirendem Verschulden des Beschädigten.

Nach Preuß. Landr. I, 6 §§ 18—21 kommt es auf Art und Grad des beiderseitigen Verschuldens und darauf an: ob der Schaden ein unmittelbarer oder mittelbarer oder in entgangenem Gewinn besteht. Nach der französischen Praxis (Zachariä II § 444 Note 11, der Code selbst schweigt) soll richterliches Ermessen, nach österr. G. B. § 1304 verhältnißmäßige, event. gleiche Theilung des Schadens, nach schweiz. Obl. R. (art. 51, 2) verhältnißmäßige Minderung oder gänzliche Befreiung durch den Richter eintreten.

Die Normirung der Ersatzfrage dürfte in keiner der angeführten Gesetzgebungen eine durchaus zutreffende sein, vielmehr folgende Sätze zu beachten seien:

Die gänzliche Befreiung des Schuldners kann nur ausgesprochen werden, wenn das Verschulden des Beschädigten das überwiegende ist, z. B. wenn dem leichten Versehen des Schuldners grobes Versehen des Beschädigten gegenübersteht (cfr. I, 6 A. L. R. §§ 19—20). Abgesehen davon dürfte verhältnißmäßige und äußernfalls gleiche Theilung am meisten der Billigkeit entsprechen. Unpraktisch sind die landrechtlichen Bestimmungen, soweit sie unmittelbaren und mittelbaren Schaden und entgangenen Gewinn unterscheiden; sie versagen, wo lediglich unmittelbarer Schaden entstanden und Gewinn entgangen ist.

3. Capitel: Wirkung der Schuldverhältnisse.

Die Obligation hat die Kraft, sich unabhängig von dem Willen des Schuldners zu behaupten und durchzusetzen. Sie bewährt sich sowohl gegenüber der Kulpa, als auch gegenüber der Mora des Schuldners. An Stelle der willkürlich oder kulpos vereitelten bezw. unmöglich gemachten Erfüllung tritt die Interesseleistung (Erfüllungsinteresse). Der bloße Verzug hat die Leistung des Verzugs-Interesses und eine entsprechende Steigerung der Einstandspflicht des Schuldners zur Folge.

Die Wirkung der Obligation umfaßt daher 1. die Interesseleistung wegen Nichterfüllung und 2. die Folgen des Verzuges. Diese Wirkung folgt aus dem Begriff und Wesen der Obligation von selbst und ist daher die allereigentlichste Obligationswirkung.

Damit verbindet sich als attributive Wirkung: der Actions- und Executionszwang, der nicht aus dem Wesen, sondern aus der positiv rechtlichen Ausstattung der Obligation und dem praktischen Prinzip des Rechts sich ergiebt.

Wie die Obligationswirkung durch ein obligationswidriges Verhalten des Schuldners eine Steigerung, so erfährt sie durch ein obligationswidriges Verhalten des Gläubigers eine Herabminderung und Modification. Dies führt auf die Folgen des Gläubigerverzuges: das Recht des Schuldners zur Hinterlegung und die Folgen des Annahmeverzuges im engeren Sinne. Somit finden alle diese Materien in der Lehre von der Obligationswirkung ihren organischen Zusammenhang und ihre systematisch richtige Stelle.

§ 82. 1. Abschnitt: Interesseleistung wegen Nichterfüllung.

Die Interesseleistung wegen Nichterfüllung bedarf keiner weiteren Begründung, sondern ergiebt sich unter der Voraussetzung der Nichterfüllung von selbst als Wirkung der Obligation. Die ältere Theorie verlangt für dieselbe besondere verpflichtende Momente: dolus, culpa, mora und contumacia des Schuldners. Insbesondere verlangt man auch für die bloße

Nichterfüllung culpa des Schuldners, fand solche jedoch schon darin, daß man versprochen, was man später nicht zu erfüllen vermochte.[1])

Die culpa des Schuldners ist nur von mittelbarer Bedeutung für die Interesseleistung, insofern sie den Fortbestand der Obligation bewirkt und damit weiter der Interesseleistung Raum gegeben wird.

Die Interesseleistung erscheint zwar formell in Gestalt einer Verpflichtung, ist aber materiell doch nur Mittel der Realisirung der Obligation, etwa wie die Restitutionspflicht des Vindikationsbeklagten nicht eine Obligation, sondern lediglich Mittel der Realisirung des dinglichen Rechtes ist.

Nach bisherigem Recht tritt das Erfüllungsinteresse ein, wenn die Naturalleistung unmöglich gemacht oder die darauf gerichtete Zwangsvollstreckung fruchtlos gewesen ist.[2]) Dies gilt richtiger Ansicht nach auch von obligationes faciendi.[3]) Besonderes Recht enthalten die Vorschriften der art. 355, 357 H. G. B. Der Entw. d. B. G. § 243 will die Interesseleistung davon abhängig machen, daß der Schuldner nach rechtskräftiger Verurtheilung binnen einer vom Gläubiger zu bestimmenden angemessenen Frist die Naturalleistung nicht bewirkt, sofern erhellt, daß der Gläubiger nach Ablauf der Frist die Leistung nicht mehr wolle.[4])

Diese Neuerung ist von recht zweifelhaftem Werth. Es enthält eine ungerechtfertigte Weiterung, wenn bei vorliegender oder voraussichtlicher Fruchtlosigkeit der Naturalexecution noch eine angemessene (?) Frist zur Bewirkung der Naturalleistung gestellt und dabei zu ihrer Wirksamkeit noch zu

[1]) Ein Ueberrest dieser Auffassung ist der Satz des vorm. preuß. Ober-Trib.: nach gemeinem wie nach preuß. R. streitet die Vermuthung dafür, daß die Nichterfüllung contractlicher Pflichten keine unverschuldete ist (Entsch. v. 10. Juni 1875 in Strieth. Arch. 94 S. 52, zu § 393 I 5 A. L. R.). Für die Ersatzpflicht wegen Nichterfüllung bedarf es überhaupt keines weiteren Verschuldens.

[2]) Glück, 4 S. 305, 16 S. 113 und die dort angeführte Literatur.

[3]) v. Wening-Ingenh. III § 20.

[4]) Recht müßig ist es, wenn die Motive S. 53 hier von einer Fiktion reden, daß die Naturalleistung aus einem vom Schuldner zu vertretenden Umstande unmöglich geworden sei, „woraufhin der Gläubiger sein Interesse wegen Nichterfüllung fordern könne". Es fehlt hier offenbar an der richtigen Vorstellung über den Grund der Interesseleistung in diesem Fall, wie auch weiter ein Irrthum hinsichtlich der Beweislast mitunterläuft, wenn nach S. 54 die Vorschrift des § 243 auch bei vorliegender Unmöglichkeit für den Gläubiger praktischen Werth haben soll, weil er nicht selten von der Unmöglichkeit Nichts weiß oder den Eintritt der Unmöglichkeit oder die näheren Umstände, von welchen z. B. die Vertretbarkeit abhängt, nicht beweisen kann. Richtiger Ansicht nach hat er diese Umstände überhaupt nicht zu beweisen, vielmehr nur, daß seine Forderung entstanden, und allenfalls noch, daß deren Erfüllung vereitelt bezw. unmöglich ist. Für die Interesseleistung genügt Letzteres und relevirt die Vertretbarkeit nicht, vielmehr ist es Sache des Schuldners, falls er Befreiung behauptet, die Nichtvertretbarkeit darzuthun.

Wenn man urgirt, daß bei der Interesseleistung es sich lediglich um eine Ausübung und Wirkung des Forderungsrechts handelt, so erscheint der Interesseanspruch schon durch letzteres allein begründet, und die faktische Leistungsunmöglichkeit nicht, wie nach Motiven S. 49, als ein weiteres Requisit zu demselben, sondern umgekehrt die Berufung auf die annoch bestehende Leistungsmöglichkeit als Inhalt einer exceptio des Schuldners.

erkennen gegeben werden soll, daß der Gläubiger nach dem Ablauf der Frist die Leistung nicht mehr wolle!

Für die Schätzung des Interesse entscheiden in erster Linie der ausdrücklich oder stillschweigend festgesetzte Erfüllungs-Ort und -Zeit. In Ermangelung solcher sind Zeit und Ort der Klage maßgebend. Im Fall der Mora, insbesondere mora solv. concurriren mit diesen Zeit und Ort der Mora, mit jenen Zeit und Ort der Klage, so daß dem Kläger die Auswahl des ihm günstigsten Zeitpunkts und Ortes zusteht. Ist der Schuldgegenstand vor einem der in Betracht kommenden Zeitpunkte untergegangen, so ist als subsidiärer Zeitpunkt der des Untergangs maßgebend.[1])

Der Entw. des B. G. B. berücksichtigt zwar die festgesetzte Erfüllungszeit und -Ort, will jedoch von der Berücksichtigung der Zeit der Mora gänzlich absehen, seltsamerweise aus dem Grunde: daß dies, wenn die objective Unmöglichkeit vor Beginn eines Verzuges eintritt, eine Art von Fiktion des Verzuges nöthig machen würde (Motive S. 50). Wie schön würde doch diese fiktive Mora zu der fiktiven Leistungsunmöglichkeit auf S. 53 passen! Die Außerachtlassung des Zeitpunkts der Mora und des Urtheils ist eine empfindliche Lücke in dem Entwurf.[2]) Das Juramentum in litem als solches erübrigt sich bei der heutigen Beweistheorie und ist daher in § 260 Abs. 1 und Abs. 2 von der C. Pr. O. mit Recht fallen gelassen.

---

[1]) Siehe über dieses Alles Cohnfeldt, Interesse S. 248—264. Die Meinung von Savigny, Syst. 6 S. 210 Note 5, daß in l. 3 § 3 D. de act. empt. 19, 1 bei den Worten: tempus quo venit vorausgesetzt werde, daß die Ablieferung auf der Stelle gefordert werde und also die Zeit des Contracts (richtig: contractliche Lieferzeit) mit der Mora zusammenfalle, ist schon dadurch ausgeschlossen, daß das unmittelbar folgende quo loco venit nicht den Ort der Mora bedeuten kann.

[2]) Daß der Gesetzgeber über einen Punkt noch nicht recht schlüssig geworden, vgl. Motive S. 50, darf keinen Grund abgeben, diesen Punkt einfach zu übergehen.

2. Abschnitt: Mora des Schuldners.

Donellus, Tractatus de mora, 1558. Arumaeus, Commentarius methodicus de mora, 1603. v. Madai, Die Lehre von der Mora, 1837. Wolff, Zur Lehre von der Mora, 1841. Mommsen, Beiträge zum Obligationenr., III, 1855.

Diese Lehre ist in den neueren Darstellungen durch Einmischung des Moments der Culpa getrübt worden und kommt es zunächst darauf an, durch Eliminirung dieses Moments sie auf ihre quellenmäßige Gestalt wieder zurückzuführen.

§ 83. Begriff.

Erfüllungsverzug, mora solvendi, ist einfach Nichterfüllung der Obligation in Ansehung der Zeit. Sie erfordert ihrem technisch-juristischen Begriff nach Nichts weiter, als daß der Schuldner nicht zur gehörigen Zeit, d. i. zu dem festgesetzten oder sonst maßgebenden Zeitpunkt, geleistet hat. Die Auffassung, welche als weiteres Begriffsmoment fordert, daß die Säumniß eine „schuldhafte" oder der Verzug ein derartiger sei, daß er zur Schuld angerechnet werden könne, scheitert schon an der Erwägung, daß der Verzug eine partielle Verletzung der Obligation enthält, gegen welche diese vermöge der ihr zukommenden Realität von selbst reagirt und Ausgleichung des verletzten Interesse des Gläubigers durchsetzt, ohne daß es hiezu außer der Thatsache des Verzuges noch eines besonderen rechtfertigenden Momentes bedarf. Ebenso wie der Schuldner zur Natural- und eventuell Interesseleistung schon kraft der Obligation, eben weil diese besteht, ohne Rücksicht auf irgend ein sonstiges Schuldmoment, gehalten ist, so haftet er ohne Weiteres auch wegen nicht rechtzeitiger Leistung zur Leistung des Verzugsinteresse. Aus der Analogie des Verzuges mit der Nichterfüllung folgt also gerade die Verneinung des Erfordernisses der Zurechenbarkeit des Verzuges, keineswegs aber[1]) „die Nothwendigkeit, die Voraussetzungen des Verzuges bezw. seiner Folgen in subjectiver Hinsicht einheitlich in Uebereinstimmung mit den Grundsätzen über die Vertretbarkeit der Nichterfüllung bezw. über die Unmöglichkeit der Erfüllung festzusetzen", dergestalt, „daß der Schuldner sich gegen den Vorwurf des Verzuges in demselben Umfange und durch dieselben Umstände wie gegenüber

---

[1]) wie die Motive z. Entw. des b. G.-B., II S. 60, behaupten.

vertretbarer gänzlicher Unmöglichkeit oder anderer theilweiser Unmöglichkeit der Erfüllung muß exculpiren können." Die Parallele, in welche hier die Vertretbarkeit des Verzuges mit der Vertretbarkeit der Vereitelung und Unmöglichkeit der Erfüllung gestellt werden, ist rein äußerlich und fast inhaltslos, da einerseits es sich von selbst versteht, daß Umstände, welche die Obligation theilweise oder in einer Modalität beseitigen, insoweit auch die Mora ausschließen, da nulla mora, wo nulla petitio, andererseits die speciell die Mora exculpirenden Umstände wieder die Obligation (vinculum obligationis) völlig unberührt lassen[1]), zwischen beiden Arten von Umständen also ein tiefgreifender Unterschied besteht und die einheitliche Behandlung beider geradezu fehlerhaft erscheint, was schon daran ersichtlich, daß die Quellen nirgends Grade der Mora oder gar der Verzugsculpa unterscheiden.[2])

Sind hienach die Folgen des Verzuges an keine andere Voraussetzung geknüpft als die, daß die Obligation nicht rechtzeitig erfüllt ist, und fällt hiebei ein etwa obwaltendes Verschulden nicht in's Gewicht, so darf letzteres auch nicht als ein wesentliches Moment des Verzuges erachtet werden. Es ist daher auch für den technischen Begriff desselben einflußlos, daß die Verzögerung der Leistung ihrem Gesammtcharakter nach eine Rechtsverletzung und zwar eine culpose darstellt, da es immerhin ein Verschulden in sich schließt, daß der Verpflichtete Angesichts seiner Verpflichtung keine Anstalten zu deren rechtzeitiger Erfüllung getroffen hat. Die Quellen setzen daher das morari tantum einem positiven, die Leistung vereitelnden Thun durchaus gleich und betrachten beides als Culpa.[3]) Wenn Puchta, P. § 269 lehrt: Die mora debitoris sei eine Rechtsverletzung, die das Eigenthümliche habe, daß sie keine culpa fordert, so ist dies dahin richtig zu stellen, daß sie allerdings eine culpa in sich schließt, ihre Wirkungen aber von diesem Moment nicht abhängig sind.

§ 84. Voraussetzungen und Erfordernisse.

Der Eintritt des Verzuges setzt voraus:

1. eine rechtsgültige Obligation. Das Kriterium der Rechtsgültigkeit ist die rechtliche Anerkennung, deren Ausdruck vorzugsweise in der Ertheilung der actio und deren Versagung in der Aufstellung einer exceptio liegt. So erklären sich die Aussprüche: nulla intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla

---

[1]) S. hierüber schon Jason in l. 5 D. de reb. cred. de la Reberteria, de mora c. 8.

[2]) Durch diese Wahrnehmung wurde schon Mommsen, Beiträge III S. 23, an der Hereinziehung des Schuldmoments in den Begriff der Mora bedenklich gemacht, und setzte er sich über dieses Bedenken hinweg durch die pseudorechtshistorische Bemerkung, daß das Institut der Mora, „einmal abgetrennt von dem der Culpa, in dieser Beziehung einen anderen Entwickelungsgang durchgemacht" habe!

[3]) l. 23 D. de V. O. 45, 1: si perte steterit, quominus (hominem promissum) mihi dares: quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti aut occidisti eum l. 91 pr. § 3 D. eod. Bei der weiten Ausdehnung des Culpabegriffs gerade bei Verb. obl. l. 91 § 1 eod. kann dies nicht befremden.

petitio est l. 88 D. R. J. 50, 17, non in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest, l. 40 D. de reb. § 1. Bei der Naturalobligation ist Mangels der rechtlichen Anerkennung, also ihrer rein factischen Natur wegen eine Mora nicht möglich.

2. Die Mora setzt ferner voraus, daß die Obligation nicht rechtzeitig erfüllt ist. Hier fragt sich, wann ist die rechtzeitige Erfüllung versäumt? In dieser Beziehung ist Mahnungsverzug, mora ex persona und Sachverzug, mora ex re zu unterscheiden.

I. Beim Mahnungsverzug, mora ex persona ist davon auszugehen, daß es Sache des Gläubigers sei, sein Forderungsrecht geltend zu machen, und also, wenn er vom Schuldner Erfüllung begehrt, er seinen hierauf gerichteten Willen in entschiedener Weise kund geben muß. Die Kundgebung dieses Willens geschieht ordentlicherweise durch eine diesbezügliche Aufforderung an den Schuldner: Zahlungsaufforderung, Interpellation. Diese ist ein Abbild der Actio: ein außergerichtlicher Akt der Rechtsausübung und hat, wie die Aktio selbst, ihre bestimmten, aus ihrem Zweck hervorgehenden Erfordernisse.

Erfordernisse der Interpellation.

Die Interpellation erfordert 1. Fälligkeit der Forderung [1]),

2. daß sie auf den richtigen Obligationsinhalt gerichtet ist, insbesondere vom Schuldner kein aliud verlangt wird,

3. daß sie die etwaigen Gegenrechte des Schuldners berücksichtigt, also z. B. ein diesem an dem Obligationsgegenstand zustehendes Retentionsrecht, bei gegenseitigen Obligationen das Angebot der dem Schuldner gebührenden Gegenleistung, ebenso das Erbieten der Cautionsbestellung, wo der Schuldner nur gegen solche zu leisten hat [2]),

4. daß sie ferner zu geeigneter Zeit und am geeigneten Ort geschieht, also nicht zu einer Zeit oder an einem Ort, wo billiger- und anständigerweise die Leistung dem Schuldner nicht zugemuthet werden kann [3]), z. B. nicht an Sonn- oder Festtagen, nicht während der Schuldner im Begriff steht, sich auf das Standesamt zu begeben, nicht im Ball- und Concertlocal, Eisenbahncoupee. [4])

5. Sie muß an den handlungsfähigen Schuldner und Gläubiger oder einen legitimirten Vertreter (Beauftragten, Bevollmächtigten), bei unfähigen

[1]) l. 49 § 3 D. de V. O. 45, 1. Liquidität ist nicht erforderlich.

[2]) l. 51 pr. D. a. e. v. 19, 1: Non enim potest videri mora per venditorem emtori facta esse, ipso moram faciente emtore l. 17 D. de p. et C. r. v. 18, 6.

[3]) l. 32 pr. D. de usur. 22, 1 — wo opportuno loco zu interpellatus gehört, l. 39 D. de sol. 46, 3: non inopportuno loco vel tempore.

[4]) Daß die Interpellation am Ort der zuständigen Klage oder der Erfüllung vorgenommen werden müsse, ist ein alter auf Mißverständniß der l. 32 pr. D. de usur. 22, 1 beruhender Irrthum.

Personen an deren gesetzliche Vertreter (Vormünder, Pfleger), bei juristischen Personen an den statutenmäßig ernannten Vorstand erfolgen[1]),

6. sie muß unzweideutig[2]) sein, obschon sie formlos geschehen kann, und es weder der Zuziehung von Zeugen, noch der Mitwirkung von Urkundspersonen bedarf.

7. Ersatzmahnung. Wenn die Interpellation wegen Abwesenheit des Schuldners oder eines sonstigen Hindernisses in der Person desselben nicht ausführbar ist, kann sie durch gerichtliche Protestation (Testatio) ersetzt werden.[3])

8. Beginn.

Der Schuldner hat zwar alsbald nach der Interpellation zu leisten, jedoch ist ihm, wenn die Bewirkung der Leistung gewisse Vorkehrungen und Veranstaltungen seinerseits erfordert, hierzu eine billige Frist (modicum tempus) zu bewilligen, so daß der Verzug erst mit deren Ablauf und nicht mit der Interpellatio beginnt. So muß sich z. B. der Gläubiger gedulden, bis die etwa vom Schuldner des Beweises wegen verlangte Zuziehung von Zeugen zu dem Zahlungsgeschäft bewirkt, oder eine etwa erforderliche Rückfrage bei den Bürgen gehalten ist, auch, was mitunter zweckmäßig sein kann, die Bürgen selbst zur Mitwirkung und Anwesenheit bei der Zahlung geladen werden, vorausgesetzt, daß alles dies nicht fraudandi causa geschieht.[4]) Ebenso muß dem Schuldner, besonders wenn es sich um eine größere Zahlung handelt, Zeit gegönnt werden, die nöthigen Deckungsmittel von seiner Bank abzuheben[5]), oder Anweisungen an dritte Personen zu erlassen, bei denen z. B. die herauszugebende Sache deponirt ist. Consequent können in solchen Fällen die Wirkungen der Mora, also sowohl der Zinsenlauf als das periculum casus, erst mit fruchtlosem Ablauf der zu gewährenden Frist eintreten.[6])

---

[1]) Der bloße (d. h. nicht beauftragte) negotiorum gestor ist weder zur Vornahme noch Annahme der Interpellation befugt. l. 24 § 2 D. de usur. 22, 1 ist einschränkend von den aus der Geschäftsführung originirenden Forderungsrechten zu verstehen, vgl. Mommsen S. 53.

[2]) Die Uebersendung einer Rechnung ist für sich allein noch nicht Mahnung, D. H. G. B. art. 288, al. 2.

Eine bedingte oder eventuelle Mahnung ist ebenfalls unwirksam.

[3]) arg. l. 2. D. de naut. f. 22, 2 l. 23 § 1 D. de usur. 22, 1. Die Beschränkung dieser Entscheidung auf den Fall der Abwesenheit (Mommsen S. 76 Note 6) ist ungerechtfertigt. vgl. hierzu Windscheid, P. § 278 Note 12.

[4]) l. 21—23 D. de usur. 22. 1, cfr. die Glossen dazu.

[5]) So schon der Scholiast zu den Basiliken T. III p. 433: *ου πᾶσα αναβολή μόραν εισάγει. οἷον ἐὰν διὰ τοῦτο τὸν ἐμὸν αἰτήσω δανειστὴν ἀναβάλεσθαι τὴν απαίτησιν — διὰ τὸ ευτρεπίσαι με τήν καταβολὴν* i. e. dum pecuniam comparo.

[6]) So richtig schon Jascon in l. 23 D. de V. O. und Decius in l. 90 D. de R. J. Mommsen III S. 65 Note 16.

Principlos ist es, daß trotz des modic. temp. doch die Gefahr sofort mit der Interpellation auf den Schuldner übergehen und auch eine Rückziehung der Zinsenpflicht bei fruchtlosem Ablauf der Frist eintreten soll, Sintenis, Civilr. II S. 202.

II. Sachverzug, mora ex re.

In gewissen Fällen versteht sich der Verzug von selbst, ohne Interpellation, lediglich auf Grund des vorliegenden Sachverhältnisses.

So zunächst in Folge Delikts (sog. mora ex re, quae odio nascitur) für die Restitutionsverbindlichkeit, z. B. aus Entwendung oder gewaltsamer Besitzergreifung. Eine Sachmora entsteht ferner zu Gunsten der Forderungen Minderjähriger.[1]) Außerdem nahm die ältere Theorie einer sog. mora ex re quae favore nascitur an: bei Forderungen des Fiscus, bei Vermächtnissen ad pias causas, bei der Dos. In diesen Fällen handelt es sich jedoch richtiger Ansicht nach nur um ein gesetzliches Zinsprivileg. In dem ferner hierher gezogenen Fall der fideicommissarischen Freilassung wird der Gesichtspunkt der mora in re[2]) nur zu einer Art Restitution gegen die Folgen der verzögerten Freilassung verwerthet, zu Gunsten der vor der Freilassung geborenen Kinder, welche trotzdem als ingenui betrachtet bezw. wenn die Geburt nach dem Zeitpunkt erfolgte, wo die Freilassung von der Mutter begehrt werden konnte, der Mutter zum Behuf der Freilassung übergeben werden sollten.[3])

Ein anderer Fall der Mora ohne Mahnung wird gebildet durch die unrömische, aber gewohnheitsrechtlich anerkannte Regel: dies interpellat pro homine.[4])

§ 85. Gebiet.

Die Mora als eine bloße Verzögerung der Erfüllung kann ihrer Natur nach keine Anwendung finden bei Obligationen, deren Erfüllung derart an einen bestimmten Zeitpunkt gebunden ist, daß durch dessen fruchtloses Verstreichen ihr Zweck überhaupt vereitelt wird und ihr Werth für den Gläubiger verloren geht. Die Verabsäumung der festbestimmten Lieferungsfrist ist hier in Wahrheit gänzliche Nichterfüllung. Ebenso charakterisirt sich bei Obligationen auf einmalige oder dauernde Unterlassung die Zuwiderhandlung als partielle oder totale Nichterfüllung. Dagegen greift die Mora Platz bei den obligationes faciendi,

---

[1]) Daß hier nicht bloß ein Zinsprivileg, sondern eine wirkliche, obschon auf die Dauer der Minderjährigkeit beschränkte mora ex re vorliegt, machen l. 26 § 1 D. de fideic. lib. 40, 5: in re moram esse l. 3 C in quib. c. in integr. rest. 2, 41: in minorum persona re ipsa et ex solo tempore tardae pretis solutionis recepto jure moram fieri creditum est, cfr. l. 3 § 2 D. de adim. et transf. leg. 34, 4 l. 5 D. de min. 4, 4 l. 38 § 1 D. de usur. 22, 1 unzweifelhaft. Die Ausdrucksweise in l. 5 C. de a. e. v. 4, 19 — licet nulla mora (d. h. keine Interpellation) intercesserit ist unverfänglich. l. 87 § 1 D. de leg. 2: tamen non pro (sc. tali) mora hoc habendum est, quam sufficit semel intervenisse, ut perpetuo (sc. usurae) debeantur drückt nur den zeitlich beschränkten Charakter dieser Art Sachmora aus. Richtig: Windscheid, P. § 278 Note 11. A. M. Dernburg, P. § 41!

[2]) in l. 13 l. 26 § 1 D. de fideic. lib. 40, 5.

[3]) vgl. über alle diese Fälle Mommsen III S. 120 flgd. Ueber andere vermeintliche Fälle der mora ex re vgl. Madai, Mora S. 191 flgd.

[4]) vgl. über die hieran sich knüpfende Controverse Madai § 16—23 und Windscheid, P. § 278. Note 4. Vangerow, § 588 Anm. 2.

wenn die schuldige Handlung nicht rechtzeitig erfolgt.[1]) Ferner ist kein Grund, Obligationen, die unmittelbar auf das Interesse gerichtet sind, z. B. bei aquilischem Schadensersatz[2]), von dem Anwendungsgebiet der Mora auszuschließen.

Nicht zu verwechseln mit diesen Fällen sind diejenigen, in denen die Wirkung der Mora hinsichtlich der Verzugszinsen positiv rechtlich ausgeschlossen ist.[3])

§ 86. Excusation.

Die Ansicht, welche das Moment der Verschuldung in den Begriff der Mora selbst aufnimmt, kann besondere Exculpationsgründe daneben nicht gelten lassen, da nach ihr in der Bejahung der Mora schon von selbst die Abwesenheit eines Exculpationsgrundes ausgesprochen ist.[4])

In den Quellen erscheinen jedoch die Entschuldigungsgründe als selbstständige Umstände, welche nach Art der Exceptionen die Folgen des Verzuges zu beseitigen geeignet sind. Es ist daher nur eine Concession an die quellenmäßige Auffassung, wenn Schriftsteller, welche die Mora als schuldhafte Verzögerung der Erfüllung fassen, gleichwohl die Entschuldigungsgründe nicht bloß selbständig hervorheben, sondern auch geradezu als solche bezeichnen.[5])

Die Entschuldigungsgründe beruhen theils in Verhältnissen in der Person des Gläubigers oder Schuldners, theils in der Sache, d. i. in Beschaffenheit und Charakter des Forderungsrechts selbst.

Ein Grund aus der Person des Gläubigers ist es, wenn dieser nach erfolgter Mahnung stirbt und sich kein Berechtigter findet, an den der Schuldner zahlen könnte[6]) oder der Gläubiger nach geschehener Mahnung

---

[1]) Auch die Lehre ist irrthümlich, daß bei diesen Obligationen mora ex re eintrete, sobald die zur Vornahme der Handlung erforderliche Zeit verstrichen ist. S. hierüber Madai § 33.

[2]) wie Mommsen, III S. 32, 33, will — „weil ein Verzugsinteresse vom Interesse nach röm. Recht nicht verlangt werden" könne. Die Analogie des Anatocismus ist unzutreffend.

[3]) Vergl. einstweilen Madai § 53.

[4]) Dementsprechend ist z. B. die Definition der Mora bei Mommsen, III S. 24, gefaßt: „als eine von dem Schuldner ausgehende willkürliche und zugleich rechtswidrige Verzögerung der Erfüllung einer ihm bekannten obligatorischen Verpflichtung." Die Unbekanntschaft mit der Forderung wie deren Zweifelhaft bildet nach den Quellen eben einen Excusationsgrund.

[5]) Z. B. Windscheid, P. § 277, 3, 4: „Endlich muß dem Schuldner auch kein sonstiger Entschuldigungsgrund zur Seite stehen, durch welchen es gerechtfertigt wird, daß er nicht rechtzeitig geleistet hat." Nicht minder aber auch Dernburg, P. § 40, 3: „Der Schuldner muß also seinerseits Entschuldigungsgründe vorbringen, um die Annahme einer Verschuldung abzuwehren! Wenn die Mora schuldhafte Zögerung ist, so muß der Gläubiger, welcher solche behauptet, sie auch substantiiren und darthun. Der Schuldner hat zunächst Nichts abzuwehren. Die von Dernburg citirte Bemerkung von Kniep, Mora, I S. 326, findet also vor Allem auch auf ihn selbst Anwendung.

[6]) l. § 9 1 D. de usur. 22, 1: si post mortem creditoris nemo fuit, cui pecunia solveretur: ejus temporis inculpatam moram esse constitit (Papin.).

nicht aufzufinden ist, oder wegen Abwesenheit (absentia reipublicae causa) oder Gefangenschaft sich zur Empfangnahme nicht einfinden kann.[1])

Ebenso wird die Mora entschuldigt durch plötzliche nothgedrungene Abwesenheit des Schuldners selbst.[2])

Der Verzug wird ferner entschuldigt, wenn der Schuldner triftige Gründe hat, an der Rechtsbeständigkeit der erhobenen Forderung zu zweifeln, z. B. kann der Erbe vor der Bezahlung einer Erbschaftsschuld den überzeugenden Nachweis derselben verlangen, ebenso der Bürge den Nachweis der Hauptschuld, insbesondere der Höhe derselben.[3])

Ebenso kann die Zweifelhaftigkeit einer eigenen Schuld in rechtlicher oder thatsächlicher Beziehung den Schuldner zur einstweiligen Zahlungsweigerung berechtigen.[4]) Sehr häufig kann die Feststellung der Höhe der Forderung Schwierigkeiten und Zweifel verursachen[5]), z. B. bei Bauforderungen wegen außercontractlicher Arbeiten.

Ferner kann die volle Auszahlung eines Vermächtnisses verweigert werden, wenn noch nicht feststeht, inwieweit die Falcidia Platz greift.[6])

Jedoch gilt hier und in ähnlichen Fällen die Regel: justa causa in parte non tollit moram in alia parte.[7])

§ 87. Wirkungen.

Die Wirkungen des Verzuges haben sich im röm. Recht nicht gleichmäßig für alle Arten von Obligationen, auch nicht einheitlich aus einem gemeinsamen Princip, sondern stückweise und unabhängig von einander entwickelt.

Es ist daher zunächst unrichtig, wenn Madai § 50 die perpetuatio obligationis als die Grundwirkung betrachtet und daraus die Verpflichtung zur Prästation von Früchten, Zinsen und sonstigem Interesse ableiten will, weil die Perpetuation sich wie auf den Hauptgegenstand, so auch auf diese Nebenleistungen der Verpflichtung beziehe. Denn danach müßten überall, wo die Perpetuation, auch diese Nebenleistungen Platz greifen. Dem aber

---

[1]) l. 17 § 3 D. h. t. quid enim potest imputari ei, qui solvere, etiamsi vellet, non potuit. Dasselbe gilt von dem Pupillus, der keinen Vormund hat, § 3 cit.

[2]) l. 23 pr D. h. t.: sed et si reipublicae causae abesse subito coactus sit, ut defensionem sui mandare non possit, moram facere non videbitur! sive in vinculis hostiumve potestate esse coeperit.

[3]) l. 42 D. R. J. 50, 17: qui in alterius locum succedunt, justam habent causam ignorantiae an id quod peteretur, deberetur. Fidejussores quoque non minus quam haeredes justam ignorantiam possunt allegare (Gaj.).

[4]) l. 5 D. de reb. cr. 12, 1. l. 21, 22 D. de usur. 22, 1.

[5]) l. 99 D. R. J. 50, 17: non potest improbus videri, qui ignorat, quantum solvere debeat.

[6]) l. 89 § 19 D. ad leg. Falc. 35, 2. l. 3 pr. D. h. t.

[7]) Gl. ad l. 78 pr. D. de leg. 2.

widerstreitet das Recht der stipulatio dandi[1]) und das frühere Recht des Damnationslegats.[2])

Ebensowenig gestattet die historische Entwickelung, mit Mommsen III S. 182, aus der Leistung des Interesse als der Hauptwirkung die übrigen Folgen des Verzuges abzuleiten, da, obschon die Schlußresultate der Entwickelung des Instituts der Mora sich dem Gesichtspunkt der Verpflichtung zur Leistung des Verzugsinteresse unterordnen lassen, dies doch nur mit starker Modification durchführbar und der damit gewonnene Schein der Einheitlichkeit bei genauer Betrachtung doch nur ein äußerlicher ist.

Endlich geht es auch nicht an, in der Interesseleistung (mit Dernburg, P. § 4, 1) eine allgemeine d. h. praktisch ungenügende, und gewissermaßen bloß theoretisch voranzustellende Regel zu sehen, welche zur wirksamen Geltendmachung des Interesse des Gläubigers der Ergänzung durch „konkretere Sätze" bedurft hätte. Die historische Entwickelung weist der Interesseleistung eine ganz andere Stelle zu.

Die Entwickelung des Instituts bewegt sich in zwei Hauptrichtungen:

1. in Richtung auf die Prästation der Früchte, Zinsen und des weiteren Interesse (omnis causa),

2. in Richtung auf die Perpetuation der Obligation, oder genauer gesprochen: in Richtung auf die Prästation des Perikulum.

In ersterer Beziehung handelt es sich um Erweiterung des Obligations-Gegenstandes, in letzterer um Modification und zwar Steigerung der Prästationspflicht.

Zu 1: Die Prästation der Früchte und Zinsen im Fall des Verzuges ist nicht durch einen besonderen Rechtssatz eingeführt, sondern erscheint einfach als Folge der bona fides und aequitas in den von diesen beherrschten Klagen: als Etwas durchaus Selbstverständliches, und nicht einmal der Mora Eigenthümliches, da unter Umständen auch ohne solche Zinsen zu leisten sind[3]). Der Ersatz der Früchte und Zinsen greift daher Platz bei den bonae fidei judicia und actiones arbitrariae[4]), sowie analogen Verhältnissen: wie bei Fideicommissen und Legaten[5]), Judicia aus exhibitorischen und restitutorischen Interdikten[6]), ferner condictio furtiva, condictio ob rem[7]), nicht dagegen bei actiones ad id consequendum quod meum non fuit, veluti ex

---

[1]) l. 38 § 7 D. de usur. 22, 1.

[2]) Gaj. II § 280.

[3]) l. 1 § 1 D. de usur. 22, 1: omni modo, etiam mora non interveniente, praestabuntur usurae.

[4]) arg. l. 3 § 1 D. de usur. 22, 1; l. 8 D.; l. 38 § 7 D. eod.; l. 31 D. de r. cred. 12, 1; l. 12 pr. D. quod met. § 4, 2, speciell betreffs der Zinsen l. 32 § 2 D. h. t. 22, 1 l. 24 D. dep. 16, 3; l. 2 C. dep. 4, 34. vgl. ferner die Citate bei Mommsen S. 237 Note 5.

[5]) Gaj. II § 280. Paul. R. S. III. 8 § 4; l. 44 D. h. t. 22, 1.

[6]) l. 38 § 5. 11 D. ht. 22, 1; l. 1 § 40 D. de vi 43, 16 l. 4 C. unde vi 8, 4.

[7]) l. 8 § 2 D. cond. furt. 13, 1.

stipulatu[1] (stipulatio dandi), auch nicht bei der actio incerti ex stipulatu, weil diese keinen restitutorischen Charakter hat, sondern ad id consequendum pertinet, quod meum non fuit.[2])

Der Fruchtersatz umfaßt nicht bloß die vom Beklagten gezogenen Früchte, sondern auch diejenigen, die außerdem der Kläger im Fall rechtzeitiger Leistung hätte ziehen können[3]), sowie zeitlich die Früchte vom Beginn der Mora bis zur Condemnation bezw. nach heutigem Recht bis zur Restitution, bezw. bei verschuldeter Unmöglichkeit der letzteren bis zur Zahlung des Geldäquivalents.[4])

Die Höhe der Verzugszinsen beträgt reichsgesetzlich 5%[5]), handelsgesetzlich 6% (Art. 287 H. G. B.).

Die Leistung von Verzugszinsen fällt weg bei Verpflichtungen aus Schenkungen[6]), bei Schulden des Fiscus aus Contracten und fiscalischen Geldstrafen.[7])

Ganz unabhängig von der arbiträren Prästationspflicht bezüglich der Früchte und Zinsen hat sich der Satz entwickelt, daß dem Gläubiger überhaupt alles, was er im Fall rechtzeitiger Leistung be- oder erhalten hätte, also das volle Verzugsinteresse ersetzt werden müsse. Die Analogie des Erfüllungsinteresse und die in diesem erkannte Wirkung der Obligation müßte mit Nothwendigkeit hierauf führen. Es wird daher dieser Satz rückhaltlos bei allen Arten von Klagen anerkannt, sowohl bei freien Klagen[8]), als auch von vornherein bei Legaten[9]), Stipulationen[10]) und Delictsobligationen.[11])

Der Gesichtspunkt des Interesse erfordert im Gegensatz zur arbiträren Ersatzpflicht einen Kausalzusammenhang zwischen Erzielung der Früchte und Zinsen und dem Nichteintritt des Verzuges, der, wiewohl er in der Mehrzahl

---

[1]) l. 38 § 7 D. h. t. 22, 1: Siactionem habeam ad id consequendum, quod meum non fuit, veluti ex stipulatu, fructus non consequar, etiam si mora facta sit.

[2]) In l. 4 pr. D. 22, 1 handelt es sich nicht um die Früchte ex mora, sondern um Früchte ex stipulatu. Es fragt sich dabei: ob fructuum praestatio ea stipulatione continetur oder nicht, eine Frage, die für die Stipulatio: vacuam possessionem tradi, Pomponius in l. 3 § 1 D. act. e. 19, 1 abweichend von Papinian in l. 4 pr. cit. entscheidet, indem er die Stipulation anders interpretirt.

[3]) S. Mommsen S. 231 u. die daselbst Note 15 citirten Stellen, bes. l. 39 § 1 D. de leg. 30 l. 12 pr. D. quod met. c. 4, 2, ferner Unterholzner II S. 124 Note 1.

[4]) Vgl. Mommsen S. 233—234.

[5]) R. D. A. v. 1600 § 139 — welcher sich zwar nur auf Darlehen bezieht, aber mit Recht generalisirt wird.

[6]) Offenbar wegen des id consequendum, quod meum non fuit l. 22 D. de don. 39, 5.

[7]) Vgl. hierüber Windscheid, § 280 Note 9—11.

[8]) l. 21 § 3 D. act. e. 19, 1; l. 9 § 8 D. ad exhib. 10, 4; l. 2 § 8 D. de eo quod certo l. 13, 4.

[9]) l. 26 D. de leg. 3; l. 36 § 2 D. de usufr. 7, 1: quanti legatarii intersit, moram factam non esse.

[10]) l. 113 § 1; l. 114 D. de V. O. 45, 1; l. 4 pr. D. de eo q. c. l. 13, 4.

[11]) l. 3 D. de cond. furt. 13, 1; l. 1 § 41 D. de vi 43, 16.

der Fälle vorliegen mag, doch unter Umständen fehlen kann, so daß von diesem Gesichtspunkt aus die Prästation der Früchte und Zinsen immerhin eine nur hypothetische ist.

Andererseits geht das Verzugsinteresse über Zinsen und Früchte hinaus, insofern es auch alle sonstigen Vortheile umfaßt, die der Gläubiger bei rechtzeitiger Erfüllung durch die Leistung selbst erlangt hätte (utilitas, quae circa ipsam rem consistit), z. B. den durch eine Steigerung des Preises erzielten Mehrwerth. Hierbei ist zu beachten, daß der Zeitpunkt der Mora nicht ein neues inhaltliches Obligationsmoment bildet, etwa wie ein contractlich bestimmter Erfüllungstermin, sondern sich eben nur auf den schlechthinnigen, zeitlich nicht bestimmten Obligationsinhalt bezieht, so daß der Gläubiger Vortheile, wie sie sich bei einem festgesetzten Erfüllungstermin ergeben würden, nicht in Anspruch nehmen kann.[1])

Das Verzugsinteresse kann, unter Voraussetzung des erforderlichen Causalzusammenhangs, sich auf den Werth des Leistungsgegenstandes erstrecken, wenn dieser nach Eintritt des Verzuges durch ein casuelles Ereigniß untergegangen ist. Wenn freilich dieses Ereigniß nicht gerade durch den Verzug herbeigeführt oder schädlich geworden ist, z. B. weil in Folge davon die Sache an einem Orte verblieb, wo sie der Gefahr des Untergangs ausgesetzt war, so wird der Gläubiger sich den Einwurf gefallen lassen müssen, daß die Sache auch im Fall rechtzeitiger Leistung von dem Zufall (z. B. Krankheit, Tod) betroffen worden wäre,[2]) und konnte der Gläubiger diesem Einwurf nur mit der Replik begegnen, daß er im Fall rechtzeitiger Leistung die Sache verkauft haben würde und die Verkaufsgelegenheit nur durch den Verzug vereitelt worden sei,[3]) oder es müßte, wenn man zu Gunsten des Gläubigers eine Präsumtion aufstellen wollte, daß er verkauft haben würde, wenigstens dem Schuldner der Gegenbeweis gegen diese Präsumtion gestattet werden. Immer würde, mag die Beweislast den Gläubiger oder Schuldner treffen, die Frage sich im Bereiche der Interesseleistung und des wirklichen Causalzusammenhanges halten und mithin ein zutreffender Gesichtspunkt für die Ableitung der Folgen des Verzuges gewonnen sein. Obwohl nun für analoge Verhältnisse, insbesondere die Folgen der Litiscontestation in einer

---

[1]) Dies bedeuten in l. 21 § 3 D. act. empt. 19, 1 die Worte: nec major fit obligatio, quod tardius agitur. Der Gläubiger kann daher weder Ersatz des Speculationsgewinnes verlangen, den er erzielt hätte, wenn ihm im Moment der Mahnung geleistet wäre, noch Ersatz des Schadens, der durch die Leistung in diesem Zeitpunkt abgewendet worden wäre. Dies besagen l. 21 § 3 cit. u. l. 20 D. peric. et c. 18, 6. Völlig mißverstanden werden diese Stellen von Dernburg, P. § 45 Note 3!

[2]) l. 14 § 1 D. dep. 16, 3: . . utique cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori, (cum sua natura ante rem judicatam interciderit).

[3]) l. 15 § 3 D. de rei vind. 6, 1: Sed est verius, si forte distracturus erat petitor, si accepisset, moram passo debere praestari. Nam si ei restituisset, distraxisset, et pretium esset lucratus (vollständiger Causalzusammenhang).

Reihe von Stellen[1]) auf das Vorhandensein des Causalzusammenhangs in dem oben entwickelten Sinne entschieden Gewicht gelegt wird, findet sich auffallenderweise in den von der Mora handelnden Stellen[2]), daß davon gänzlich abgesehen und die Ersatzpflicht des morosen Schuldners als eine unbedingte hingestellt wird, und erscheint der vereinzelt (in l. 47 § 6 delegat 1) vorkommende Hinweis auf die Möglichkeit des Verkaufs: potuit enim eum acceptum legatarius vendere nicht als Beschränkung oder Bedingung, sondern lediglich als das rechtspolitische Motiv der Verhaftung des Schuldners.

Nach dem Stande der Quellen muß daher eine unbedingte Verpflichtung des morosen Schuldners zum Ersatz des nach dem Eintritt der Mora casuell untergegangenen Obligationsgegenstandes behauptet werden. Daß diese Folge nicht aus dem Gesichtspunkt der Interesseleistung gerechtfertigt werden kann, liegt auf der Hand; sie findet aber in der historischen Entwickelung, welche die Mora in dieser Beziehung genommen hat, ihr volle Erklärung. Die Entwickelung nach dieser Richtung knüpft sich an den von den Veteres anscheinend zunächst nur für den Fall der culpa deb: der verschuldeten Unmöglichkeit der Erfüllung aufgestellten Satz von der Perpetuation der Obligation, indem die spätere Praxis diesen Satz auch auf die bloße Verzögerung, mora, ausdehnte. Obgleich der Satz in dieser Anwendung nicht die gleiche Stärke des inneren Grundes für sich hat[3]), wie im Fall directer culpa, erschien er doch als pönale Verschärfung der Haftung des morosen Schuldners[4]) sehr annehmbar, und stand er in der Uebung längst fest, als in der Theorie der Mora parallel der Wirkung der Litisconteſtation der Gesichtspunkt der Interesseleistung zum Durchbruch kam, so daß man davon Abstand nahm, den Causalzusammenhang zwischen dem Verzuge und dem Verlust des Werths des Obligationsgegenstandes weiter zu eruiren, sondern sich daran genügen ließ, daß dem Gläubiger durch den Verzug immerhin die Möglichkeit des rechtzeitigen Verkaufes genommen war und ebendeßhalb die pönale Verschärfung der Haftung des Schuldners durchaus am Platze schien. Uebrigens konnte es dem römischen Juristen nicht entgehen, daß mit der

---

[1]) Auf Litiscontestation beziehen sich l. 20 § 21, l. 40 pr. D. de h. p. 5, 3, l. 15 § 3 D. de R. V. 6, 1. l. 12 § 4 D. ad exhib. 10, 4, l. 14 § 1 flgd. dep 16, 3 und sind, ebensowenig wie die lediglich auf die Folgen des metus adhibitus gestellte l. 14 § 11 D. quod met. c. 4, 2, für die Folgen der Mora beweisend. Vgl. auch die beiden vorigen Noten. Nicht hierher gehört l. 57 D. sol. matr. 24, 3 — wo es sich um die Restitution eines Ususfructs handelt und die seit der Mora aufgelaufenen Früchte einen Theil des Leistungsgegenstandes bilden, und also jedenfalls ihr Werth zu erstatten ist.

[2]) l. 5 pr. D. de reb. cred. 12. 1, l. 12 § 3 D. dep. 16, 3, l. 25 § 2 D. sol. matr. 24, 3. l. 39 § 1 D. de leg. 1. l. 108 § 11 D. eod. l. 23 l. 82 § 1 D. de V. O. 45, 1. l. 58 § 1 D. de fidej. 46, 1. l. 31 pr. D. novat. 46, 2, l. 3 C. de usur. 6, 47. l. 95 pr. D. de sol. 46, 3 et saep.

[3]) l. 91 § 3 D. de V. O. 45, 1: et quidem si effecerit promissor, quominus solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio (cfr. l. 91 pr.: si quidem occidat servum promissor, expeditum est): si vero moratus sit tantum haesitatur, an si postea in mora non fuerit, extinguatur superior mora?

[4]) l. 3 i. fr. D. de usuris 22, 1: non oportere frustrationem impunitam esse.

Ausdehnung des Satzes der Veteres auf die Mora die Perpetuatio nicht ohne Weiteres beibehalten werden konnte, vielmehr man unter dem Einfluß des Rechts der bonae fid. jud. auch bei verb. oblig. eine purgatio morae und damit Beseitigung der Perpetuationswirkung anerkennen mußte[1]), und es sich somit bei Anwendung jenes Satzes wesentlich um eine einstweilige Ablenkung des periculum auf den Schuldner handelte, eine Auffassung, die in Ausdrücken, wie: periculum fit debitoris, debitoris detrimentum est, debitor detrimentum ipse praestat u. dgl. mehrfach zum Vorscheine kommt.[2]) Als eigentliche Wirkung der Mora stellt sich sonach die Steigerung der Haftung bis zur Prästation des casus heraus.

Die Wirkungen der Mora beruhen daher im römischen Recht auf verschiedenen, zum Theil einander durchkreuzenden Zweigen der Entwickelung. Mit Recht ist daher die neuere Theorie bestrebt, die Wirkungen des Verzuges einheitlich aus dem Princip der Interesseleistung zu entwickeln.

§ 88. Aufhebung.
(Purgatio morae.)

Die Folgen des Verzuges werden beseitigt

1. durch nachträgliches Angebot der vollständigen Befriedigung d. i. wegen des Obligationsgegenstandes bezw. des Interesse an demselben zuzüglich der Ansprüche aus dem bisherigen Verzuge, sowie etwaiger durch letzteren verwirkten Conventionalstrafen.[3]) Das Angebot muß zur gehörigen Zeit, gehörigen Orts und in der Art geschehen, daß der sofortigen thatsächlichen Erfüllung auf Seiten des Schuldners Nichts entgegensteht. (Leistungsbereitschaft.) Unter Umständen ist Realoblation d. h. unmittelbare Darbringung erforderlich, z. B. wenn der Schuldner dem Gläubiger den Schuldgegenstand zu überbringen hat oder es sich um Dienstleistungen handelt, die beim Gläubiger vorzunehmen sind.

Die Oblation ist kein Recht, sondern eine Thatsache, die, sobald sie vorliegt, ihre Wirkung äußert. Ein im Voraus erklärter Verzicht auf dieselbe ist daher bedeutungslos.[4])

Einer Annahmeweigerung bedarf es zur Purgatio morae nicht. Letztere wird ferner begründet

2. durch Verzicht des Gläubigers auf sofortige Leistung. Ein solcher

---

[1]) l. 91 § 3 D. de V. O. 45, 1: Celsus adolescens scribit eum, qui moram fecit in solvendo Sticho quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo. . . . et sane probabilis haec sententia est.

[2]) l. 5 D. de reb. cred. 12, 1. l. 25 § 2 D. sol. matr. 24, 3. l. 1 § 35 D. dep. 16, 3. l. 108 § 11 D. de leg. 1. l. 3 C. de usur. 6, 47, l. 4 C. de p, et c. r. v. 4, 48.

[3]) Selbstverständlich ist deßhalb die Verwirkung der Conventionalstrafe nicht als Wirkung der Mora selbst anzusehen.

[4]) Mit Recht bezeichnet Contius, de mora c. 9 den Verzicht auf die Oblation als ein commentum interpretum.

liegt in der Gewährung einer Stundung[1]) oder Nachfrist, oder in dem Liegenlassen des auf Erfüllung angestellten Processes, sofern dasselbe eben nicht darin seinen Grund hat, daß der Schuldner sich der wirksamen Belangung entzieht, indem er z. B. durch Abwesenheit der Zwangsvollstreckung unzugänglich geworden ist.[2]) Eine Abstandnahme von der Geltendmachung des eigentlichen Forderungsrechts liegt auch darin, daß der Gläubiger sich auf eine Novation einläßt und bewirkt sowohl die bedingte[3]) als auch eine ganz ungültige Novation ein purgatio morae.[4])

3. Der Verzug mit allen seinen Folgen wird endlich getilgt durch vorbehaltlose Annahme der Erfüllung in der Hauptsache. In dieser liegt ein stillschweigendes Aufgeben der Ansprüche aus dem Verzuge.[5])

Daß die Sachmora (mora ex re) des Schuldners eines Minderjährigen mit der Großjährigkeit des Gläubigers aufhört, qualificirt sich nicht als Purgationsgrund, da, wenn die Großjährigkeit den Endpunkt der Mora bedeutet, es eben einer Purgation nicht mehr bedarf.

Die durch Ersatzmahnung begründete Mora des Abwesenden erlischt dagegen durch dessen Rückkehr keineswegs.

---

[1]) l. 54 D. de pect. 2, 14, bei welcher offenbar ein nach der Fristbewilligung eingetretener Untergang des Schuldgegenstandes vorauszusetzen ist.

[2]) Auf derartige Fälle sind z. B. die abgerissenen Sätze der l. 32 § 1, l. 47 D. de usur. 22, 1 zu beziehen.

[3]) l. 14 pr. l. 31 pr. D. de nov. 46, 2; l. 72 §§ 1—3 D. de sol. 46, 3; l. 56 § 8 D. de V. O. 45, 1.

Venulejus, der in l. 31 pr. cit. die Perpetuationswirkung trotz der bedingten Novation bestehen läßt, verkennt die in der letzteren liegende Abstandnahme des Gläubigers von der Verfolgung des ursprünglichen Forderungsrechts. Selbst Marcellus gelangt zur Erkenntniß derselben nur mit Hülfe der Fiction, daß in der bedingten Novationspromission eine Oblation enthalten, welche ihn in l. 72 § 3 cit. zu einem ganz schiefen Resultat führt: non enim obtulisse eum propter absentiam servi (sc surrepti) intelligi potest! Papinian in l. 17 D. de cond. furt. 13, 1 hat bereits die fragliche Bedeutung der Novation richtig gewürdigt und lehnt die Motivirung des Marcellus ab mit den Worten: nec me movet praesens homo fuerit necne. Ebenso befreit auch Ulpian in l. 14 pr. de nov. den Gedanken des Marcellus von seinem unrichtigen Beiwerk.

[4]) l. 17 D. de cond. furt. 13, 1. Vgl. hierzu die zutreffende Bemerkung von Salpius, Novation u. Deleg. S. 154 flgd.

[5]) So richtig Windscheid, P. § 281, 4, A. M. Dernburg, P. § 42 Note 5

3. Abschnitt: Verzug des Gläubigers.

v. Schey, Begriff und Wesen der mora creditoris 1884.

§ 89. Wesen, Voraussetzungen und Erfordernisse.

I. Nach Wesen und Zweck der Obligation hat der Gläubiger die ihm angebotene Erfüllung anzunehmen und so seine Mitwirkung zur Lösung der Verpflichtung eintreten zu lassen, da in der Verpflichtung zur Leistung an den Gläubiger von selbst die Voraussetzung und Erwartung liegt. Der Annahmeverzug enthält somit eine Obligationswidrigkeit. Dennoch würde ein Recht des Schuldners auf Erzwingung der Annahme dem Wesen der Obligation ebenso widerstreben, wie die Befreiung desselben bloß in Folge des Annahmeverzuges, da die Obligation eben nur das einseitige Recht auf Leistung ist, daher weder für ein correspondirendes Recht auf Abnahme Raum läßt, noch im Fall der Nichtannahme den Verlust des Rechtes zur Folge haben kann.

Ein dritter Ausweg, den Schuldner auf die Deposition zu verweisen und allenfalls noch zum Selbsthülfeverfahren zu ermächtigen, ist unzweckmäßig, da jenes dem Schuldner Weiterungen verursacht, dieses aber das Interesse des Gläubigers geradezu schädigen kann. Es bleibt daher nur übrig, den Schuldner gegen die Nachtheile des Annahmeverzuges zu schützen.

Diese bestehen wesentlich

1. darin, daß er ins Unbestimmte zur Fortsetzung der Diligenz, wo er diese zu prästiren hat, genöthigt sein würde,

2. in der Verlängerung des Tragens der Gefahr, wo ihn diese trifft, wie z. B. bezüglich der verkauften Sache,

3. in den Unkosten der längeren Aufbewahrung und Bereithaltung des Obligationsgegenstandes.

Die Rücksicht auf den Schuldner führt daher in den beiden ersteren Beziehungen zur entsprechenden Erleichterung seiner Haftung, in letzterer Beziehung zu einem Erstattungsanspruch.

II. Voraussetzungen.

Ebensowenig wie in der Person des Schuldners kommt es in der Person des Gläubigers für den Begriff des Verzuges auf das Bewußtsein

der Obligationswidrigkeit an, vielmehr genügt, daß objectiv eine solche vorhanden ist, indem dagegen die Obligation von selbst reagirt.

Der Annahmeverzug setzt ferner eine rechtsgültige Forderung voraus.[1])

III. Erfordernisse.

Seine Begründung kann in verschiedener Weise geschehen.

I. Regelmäßig wird er begründet:

a) durch Angebot der vollständigen Erfüllung. Dasselbe erfordert 1. die Erklärung des Schuldners, daß er erfüllen wolle, 2. daß er hierzu im Stande ist (Leistungsvermögen) und 3. daß die Erfüllung sofort erfolgen kann (actuelle Leistungsbereitschaft). Dazu gehört bei Sachleistungen, daß die Sache zur unmittelbaren Empfangnahme für den Gläubiger bereit steht, bei Handlungen und Dienstleistungen, daß die Vornahme derselben auf Verlangen des Gläubigers sofort geschehen kann. Dies gilt, sowohl, wenn der Gläubiger zu holen bezw. zu kommen, als wenn der Schuldner zu bringen bezw. sich beim Gläubiger einzufinden hat. Der Unterschied beider Fälle ist nur der, daß Sache und Dienstleistung im ersteren Fall beim Gläubiger, im letzteren Fall beim Schuldner zur Verfügung stehen müssen. Es wird somit in beiden Fällen Unmittelbarkeit der Darbietung bezw. Bereitstellung (Realoblation) gefordert. Diese erübrigt sich, wenn der Gläubiger in bestimmter Weise erklärt hat, daß er die Erfüllung nicht annehmen werde. Das Angebot muß ein vollständiges sein. Theilleistungen braucht der Gläubiger nicht anzunehmen. Gegenforderungen kann der Schuldner in Abzug bringen.

Das Angebot kann außer durch den Schuldner bezw. dessen gesetzlichen Vertreter durch einen Beauftragten und — von persönlichen Leistungen abgesehen — auch durch jeden die Leistung darbietenden Dritten erfolgen, statt des Gläubigers bezw. dessen gesetzlichen Vertreter jedoch nur an einen beauftragten Dritten (Universalprocurator, heutzutage auch Special-Beauftragten).

Das Angebot muß endlich geschehen zur rechten Zeit und am rechten Ort. Als rechter Ort kommt zunächst der festgesetzte oder sonstige als obligationsmäßig sich ergebende Erfüllungsort in Betracht, als rechter Zeitpunkt die etwa festgesetzte Abnahmefrist in dem Sinne, daß der Gläubiger zu einer vorzeitigen Annahme nicht gehalten ist.

Im Uebrigen gilt beim Angebot, wie bei der Mahnung, die Beschränkung, daß sie nicht an einem unpassenden Ort und zu unpassender Zeit geschehen darf.

4. Der Annahmeverzug vollzieht sich durch ausdrückliche oder stillschweigende Zurückweisung (Nichtannahme) der angebotenen Leistung.

---

[1]) Daher keine mora acc. bei Naturalobligationen oder im perfecten Obl. A. M. Mommsen, S. 136, S. 154. Die von ihm citirte l. 1 § 3 D. de peric. 18, 6 betrifft den perfecten Kauf von Faßwein.

II. Annahmeverzug ohne Angebot

tritt ein in Fällen, wo letzteres durch das Verhalten des Gläubigers vereitelt wird. Das Angebot wird hier als geschehen erachtet nach dem Grundsatz: in omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium (jedenfalls, si per creditorem) morae sit, quominus fiat, l. 39 D. R. J. 50, 17. In der Vereitelung des Angebots liegt zugleich ausgesprochen, daß man die Erfüllung nicht wolle.

Hierher gehören folgende Fälle:

1. wenn der Gläubiger, wo es zur Klarstellung des Betrages der Schuld bezw. der Restschuld seiner Mitwirkung z. B. durch Auskunftsertheilung oder Vornahme einer Berechnung bedarf, auf ergangene Aufforderung diese seine Mitwirkung, obwohl er dazu im Stande ist, versagt oder unterläßt, so kommt er ohne Weiteres in Verzug.

2. Dasselbe gilt, wo der Gläubiger contractgemäß zur Präcisirung der Leistung nähere Bestimmungen zu treffen hat, wie z. B. bei den sog. Specificationskäufen durch Specification der Dimensionen, und trotz Aufforderung die betreffenden Bestimmungen nicht vornimmt.

Die Nichtvornahme vereitelt die Oblation und enthält eine stillschweigende Ablehnung der Erfüllung überhaupt.[1])

Vorauszusetzen ist jedoch auch in diesen Fällen, daß die Oblation und Erfüllung lediglich durch das Verhalten des Gläubigers vereitelt worden und nicht etwa der Schuldner dazu ohnehin aus einem anderen Grunde außer Stande gewesen ist, z. B. wegen Zahlungsunfähigkeit oder weil er gar nicht im Stande war, die Leistung auch bei näherer Bestimmung der Form zu bewirken.[2])

3. Nach demselben Princip kommt bei alternativen Obligationen der Gläubiger in Verzug, wenn er auf ergangene gerichtliche oder außergerichtliche Aufforderung sich nicht zur Ausübung des ihm zustehenden Wahlrechts herbeiläßt. Er hindert dadurch, daß ihm obligationsgemäß einer der disjunctiv geschuldeten Gegenstände offerirt und geleistet wird. Die Oblation muß daher, das Leistungsvermögen des Schuldners vorausgesetzt, als geschehen erachtet werden.

Sonstige Mittel, den Gläubiger zur Vornahme der Wahl zu veranlassen, sind nicht anzuerkennen, aber auch kein Bedürfniß.[3])

---

[1]) Die Unterscheidung zwischen Angebot und Annahme „im Sinne der Lehre vom Verzuge", Annahme „im Sinne des Erfüllungsrechts" (Kohler in Ihering's Jahrb. 17 S. 358. 408) ist unnöthig und eine verhüllte petitio principii.

[2]) Vgl. Entsch. des R. O. H. G. XV Nr. 45, XXI Nr. 26, R. G. V Nr. 14, X Nr. 26 S. 99, Seuffert's Arch. XXXI Nr. 265, XXXII Nr. 96, 337, XXXIII Nr. 256.

[3]) Vgl. Motive z. E. d. B. G. B. II S. 8.

Die Frage, ob der Gläubiger durch das Erforderniß der Bestimmtheit in § 230 C. Pr. O. zur Ausübung des Wahlrechts schon in der Klage gezwungen sei oder sich dasselbe noch vorbehalten dürfe, ist eine müßige, da sich jenes Erforderniß nur auf die Individualisirung der Bestandtheile der Klagschrift, nicht aber auf die rechtliche Modalitäten des Klagenspruchs bezieht, andernfalls die C. Pr. O. nur Ansprüche auf ein absolutes certum vom Charakter der stipul. certa zulassen würde! Die Frage hat überhaupt aufgehört, eine Streitfrage zu sein. S. d. Citate bei Struckmann u. Koch, Commentar z. C. P. O. S. 243 (5. A.).

4. Annahmeverzug durch Ersatzoblation ist zugelassen bei (vertretungsloser) Abwesenheit des Gläubigers, indem es genügt, den Verzug zu begründen, wenn der Schuldner seine actuelle Leistungsbereitschaft durch einen öffentlichen (gerichtlichen oder notariellen) Act constatiren läßt.[1])

Dagegen entsteht ein Annahmeverzug nicht ohne Weiteres dadurch, daß der Gläubiger den zur Empfangnahme oder Abnahme des Obligationsgegenstandes festgesetzten Termin verstreichen läßt, vielmehr bedarf es hierzu einer besonderen Begründung, z. B. durch Interpellation.[2])

§ 90. Rechtfertigung und Beseitigung des Annahmeverzuges.

Der Annahmeverzug ist gerechtfertigt, wenn der Gläubiger aus triftigen Gründen die Annahme ablehnte, z. B. weil er sich in Unkenntniß oder Irrthum über die Höhe der Schuld befand oder die vom Schuldner in Abzug gebrachte Gegenforderung zweifelhaft war und deßhalb das Angebot vom Gläubiger nicht für ein vollständiges erachtet wurde, ferner wegen unverschuldeter Hindernisse der Annahme z. B. Krankheit und sonstiger Unfälle. Die Berücksichtigung derartiger Gründe entspricht der Billigkeit, welche das Recht des Verzuges beherrscht.

Die Annahme wird außer durch Aufhebung des Forderungsrechts beseitigt, wenn der Gläubiger sich zur Annahme bereit erklärt[3]) unter dem Erbieten, den durch seinen Verzug dem Schuldner entstandenen Schaden zu ersetzen, ferner durch Verzicht des Schuldners bezw. Einverständniß desselben mit dem Aufschub der Erfüllung.

Wirkungen.

Der Annahmeverzug bewirkt 1. daß die Haftung des Schuldners sich fortan auf dolus und lata culpa reducirt.[4])

2. daß die Gefahr, wo sie bis dahin den Schuldner traf[5]), auf den

---

[1]) l. 6 C. de usur. 4, 32. Dazu betreffs der Interpretation Madai, S. 265 Note 591.

[2]) l. 4 § 2 D. de peric 18, 6, auf welche sich Mommsen S. 174 für das Gegentheil beruft, setzt offenbar nachträgliche Interpellation zum Verzuge des Käufers voraus. Das Argumentum a contr., welches Mommsen aus den Schlußworten: et est verius, secundum ea, quae supra ostendimus, aut interesse, quid de tempore actum sit aut denuntiare ei, ut tollat vinum zerfällt bei der eben im Princ. der l. 4 entwickelten Bedeutung des dies.

[3]) l. 17 D. de peric 18, 6 cfr. l. 51 pr. D. a. e. v. 19, 1.

Letztere Stelle erklärt sich vielleicht daraus, daß das ältere Recht eine Beseitigung der Mora acc. durch nachträgliche Interpellation nicht kannte, wie dies in l. 93 § 3 D. de V. O. 45, 1 für die Mora solv. bezeugt ist.

[4]) l. 5 pr., l. 17 pr. D. de peric 18, 6.

l. 9 D. sol. mat. 24, 3. Auf Fälle, wo der offerirte Gegenstand nach der Mora accip. casuell untergegangen und also der Schuldner befreit ist, beziehen sich l. 73 § 2 D. de V. O. 45, 1, l. 9 § 1, l. 30 D. de sol. 46, 3, l. 39 D. R. J. 50, 17.

[5]) l. 1 § 3, l. 17 D. de peric 18, 6. Bei alternativen Obligationen, falls dem Gläubiger die Wahl zusteht, zeigt sich diese Wirkung bei casuellem Untergang beider Gegenstände, insofern der Gläubiger wegen eines derselben die Gefahr trägt und für denselben das etwa gleichmäßig für beide Gegenstände festgesetzte Aequivalent leisten muß. Vgl. l. 34 § 6 D. contr. e. 18, 1.

Gläubiger übergeht, und bei Geldschulden und generischen Obligationen der Schuldner, wenn die angebotenen Gegenstände nachmals ohne seine Schuld untergehen, durch eine exceptio doli gegen die Nachforderung geschützt ist[1], 3. daß der Schuldner Ersatz der ihm durch den Verzug des Gläubigers erwachsenen Aufwendungen und Kosten verlangen kann[2], und 4. daß er zur Deposition auf Gefahr und Kosten des Gläubigers berechtigt wird. Die in l. 1 § 3 D. de peric. et c. 18, 6 erwähnte Befugniß zur Dereliction (licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum praestituit nec intra diem admensum est) widerstreitet zu sehr der Billigkeit, als daß sie als practisches Recht, wenn auch nur im äußersten Nothfall, gelten könnte.[3] Der Selbsthülfeverkauf ist nur bei Handelskäufen anerkannt (Art. 343 H. G. B.), eine weitere Ausdehnung desselben auch kein Bedürfniß.

Der Zinsenlauf wird nicht schon durch den Annahmeverzug, sondern erst mit der Deposition gehemmt.

Gleichzeitiger Verzug des Gläubigers und Schuldners ist undenkbar, da Eins das Andere ausschließt.

l. 51 pr. D. de act. empt. 19, 1 (si et per emptorem et per venditorem mora fuisset), in der man einen solchen hat finden wollen, bezieht sich, wie zweifellos aus l. 17 D. de peric 18, 6 hervorgeht, auf successive Mora.[4] Letztere Stelle ergiebt zugleich, daß wenn während der Zwischenzeit in der Sache sich Nichts geändert hat (cum omnia in integro) es allein auf den späteren Verzug ankommt (posterior mora nocet).

---

[1] l. 72 pr. D. de sol. 46, 3, l. 73 § 2, cfr., l. 105 D. de V. O. 45, 1. Es handelt sich hierbei nicht eigentlich um einen Uebergang der Gefahr, sondern um einen selbständigen, aus Billigkeitsrücksichten dem Schuldner gewährten Befreiungsgrund: etenim non est aequum teneri eum pecunia amissa, quia non teneretur, si creditor accipere voluisset . quare pro soluto id, in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse. Bei einer geschuldeten species: ipso jure desinet teneri.

[2] Mittelst der actio contraria oder neg. gest. contr. l. 38 § 1 D. a. e. v. 19, 1, l. 8 D. trit. 33, 6.

[3] l. 8 D. de trit. 33, 6: periculose heredem facturum; si id vinum sc. legatum effundet.

[4] Vgl. oben S. 443 Note 3.

4. Abschnitt: Realisirung.

91. Klagerecht.

Das Klagerecht, actio in personam als Attribut der Obligation dient zur Realisirung ihres Inhalts wie ihrer Folgewirkungen, zur Erzwingung der Naturalleistung wie der Interesseleistung. Bei der Klage kommen auch die Wirkungen des Schuldner- und Gläubigerverzuges, dort in der gesteigerten, hier in der geminderten Haftung des Schuldners zur Geltung. Gegen den morosen Gläubiger steht dem Schuldner wegen etwaiger Gegenansprüche des Retentionsrecht, unter Umständen sogar ein Klagerecht zu. Dagegen ist unstatthaft eine Klage gegen den Gläubiger auf Annahme der Erfüllung. Eine Klage gegen ihn ist nur statthaft bei einem gemischten Charakter des Schuldverhältnisses, nämlich insofern er sich etwa zu Handlungen verpflichtet hat, welche zur Vorbereitung und Vermittelung der Erfüllung erforderlich sind, wie z. B. wenn Gebäude zum Abbruch oder Steine vom Acker verkauft sind, wo der Käufer verpflichtet sein kann, binnen einer bestimmten Frist den Abbruch oder die Abräumung des Ackers zu bewirken, indem dem Verkäufer an der Freilegung und Säuberung der Bodenfläche liegt und er dies gerade mit dem Verkauf bezweckte.

Die Art und Weise der Realisirung des Forderungsrechts bestimmt sich nach den Vorschriften des Proceßrechts, insbesondere des Executions- und Conkursrechts. In dieser Beziehung kommen insbesondere die Beschränkungen in Betracht, die hinsichtlich der Zwangsvollstreckung theils im Interesse des Schuldners aus billiger Nachsicht gegen denselben, theils in Rücksicht auf concurrirende Gläubiger im Interesse einer geordneten und gleichmäßigen Befriedigung eingeführt sind.

Zunächst sind gewisse Kategorien von Vermögensobjecten der Zwangsvollstreckung entzogen (§ 715 Nr. 1—10, § 749 Nr. 1—8 d. C. P. O.).

Ferner ist gewissen Schuldnern die Rechtswohlthat der Competenz (beneficium competentiae) bewilligt. Diese besteht darin, daß dem Schuldner das zu seinem Lebensunterhalt Erforderliche belassen werden muß. Sie wird geltend gemacht durch eine Einrede, die auf die Person des betreffenden Schuldners beschränkt, aber noch in der Executionsinstanz zulässig ist.[1])

---

[1]) Die Rechtswohlthat hat sich im Anschluß an die condemnatio in id, quod debitor facere potest, bei der es sich um eine Minderung der Condemnation selbst handelte, entwickelt l. 137 pr. D. de reg. j. 50, 17, l. 19 § 1 D. de re jud. 42, 1, l. 82 D. ad leg. Falc. 35, 2. Vgl. Heimbach in Weiske's R. Lex. I S. 877.

Für die Ermittelung des Umfangs der zu gewährenden Competenz kommt es auf den Stand des Vermögens zur Zeit des Urtheils bezw. der Execution an, wenn die Einrede bei dieser erhoben wird, wobei unter den Activis auch das, was der Schuldner arglistig aus seinem Vermögen weggegeben, unter den Passivis aber nur die zur Execution stehende Schuld, es wäre denn, daß diese aus Schenkung herrührt, in Ansatz kommt. Der ungetilgte Theil der Schuld bleibt nicht bloß naturaliter, sondern auch civilrechtlich gültig bestehen.

Die Rechtswohlthat steht zu 1. wegen des zwischen den Parteien obwaltenden persönlichen Verhältnisses: den Eltern gegen die Kinder, den Ehegatten gegeneinander, nach einer sehr verbreiteten Meinung arg. l. 63 pr. D. pro soc. 17, 2 auch den Geschwistern, sowie dem Schwiegervater gegen den Schwiegersohn rücksichtlich der versprochenen Dos, wenn diese noch in stehender Ehe gefordert wird,

2. wegen der besonderen Beschaffenheit des Schuldverhältnisses: dem Schenkgeber gegen die Klage des Schenknehmers, dem Gesellschafter gegen die Klage aus der Gesellschaft, bei der societas unius rei jedoch nur causa cognita, dem Ehemann, dessen Vater und Kindern gegen die Dotalklage, nicht jedoch bei einer dos recepticia,

3. aus allgemeinen Billigkeitsrücksichten: den Soldaten gegen Forderungen aller Art, den Kindern wegen der während der väterlichen Gewalt contrahirten Schulden, wenn der Austritt aus letzterer erst seit Kurzem erfolgt war[1]),

4. wenn die Competenz vertragsmäßig vorbehalten ist l. 49 de pact. 2, 14.

Ausgeschlossen ist die Rechtswohlthat gegen Deliktsklagen und gegen Ansprüche aus einem Dolus.

Verzicht auf die Rechtswohlthat ist nur insofern zulässig, als er nicht als unschicklich erscheint.

Ein benefic. comp. ex jure tertii (wie dies z. B. Thibaut, P. § 107 zu Gunsten der zur Alimentation des Schuldners Verpflichteten behauptet hat) findet in den Quellen keinen Anhalt.

Die Rechtswohlthat ist für das heutige Recht dadurch nicht als beseitigt zu erachten, daß die Reichs-C. P. O. ihrer unter den Beschränkungen der Zwangsvollstreckung nicht Erwähnung thut.[2])

Aufgehoben sind dagegen die Rechtswohlthat der Güterabtretung, sowie die landesherrliche oder gerichtliche Bewilligung von Moratorien.[3])

---

[1]) Ein fernerer Fall der Rechtswohlthat, wo sie dem Schuldner, der, nachdem er seine Güter abgetreten, wieder zu Vermögen gekommen war, gegen die früheren Gläubiger zustand, ist mit der Güterabtretung antiquirt.

[2]) A. M. Dernburg, P. § 57 a. flgd. Im Entw. d. B. G. B. ist dasselbe allerdings fallen gelassen, vgl. Motive zu § 228 a. flgd. Doch soll die vertragsmäßige Beschränkung der Verpflichtung in id quod facere potest beibehalten werden.

[3]) Einf. G. z. Conf. O. § 4 z. C. P. 10 § 14 Nr. 4.

§ 92. Recht im Concurse.

Nach der Reichsconkursordnung geschieht die Befriedigung der Gläubiger in folgender Weise:

I. Zunächst sind aus dem Vermögen des Gemeinschuldners die diesem nicht gehörigen Gegenstände auszusondern.

II. Abgesonderte Befriedigung findet statt[1]) und zwar:

a) aus der sog. Immobiliarmasse wegen aller Ansprüche, denen ein dingliches Recht oder sonstiges Recht auf vorzugsweise Befriedigung daraus reichs- oder landesgesetzlich zusteht (§ 39);

b) bei der Mobiliarmasse wegen der Faustpfandforderungen aus den verpfändeten Objecten (körperlichen wie unkörperlichen Sachen), zunächst wegen der Kosten, dann wegen der Zinsen, zuletzt wegen des Kapitals.

Den Faustpfandgläubigern stehen gleich:

1. die Reichskasse, die Staatskassen und die Gemeinden, sowie die Amts-, Kreis- und Provinzialverbände wegen öffentlicher Abgaben, in Ansehung der zurückgehaltenen oder in Beschlag genommenen zoll- und steuerpflichtigen Sachen;

2. Verpächter wegen des laufenden und des rückständigen Zinses, sowie wegen anderer Forderungen aus dem Pachtverhältnisse, in Ansehung der Früchte des Grundstücks und der eingebrachten Sachen, sofern die Früchte oder Sachen sich noch auf dem Grundstücke befinden;

3. Pächter in Ansehung des in ihrem Gewahrsam befindlichen Inventars wegen der Forderungen für dieses;

4. Vermiether wegen des laufenden und des für das letzte Jahr vor der Eröffnung des Verfahrens rückständigen Zinses[2]), sowie wegen anderer Forderungen aus dem Miethverhältnisse, in Ansehung der eingebrachten Sachen, sofern die Sachen sich noch auf dem Grundstücke befinden;

5. Gastwirthe wegen ihrer Forderungen für Wohnung und Bewirthung des Gastes, in Ansehung der von demselben eingebrachten, von ihnen zurückbehaltenen Sachen;

6. Künstler, Werkmeister, Handwerker und Arbeiter wegen ihrer Forderungen für Arbeit und Auslagen, in Ansehung der von ihnen gefertigten oder ausgebesserten, noch in ihrem Gewahrsam befindlichen Sachen;

7. diejenigen, welche etwas zum Nutzen einer Sache verwendet haben, wegen des, den noch vorhandenen Vortheil nicht übersteigenden Betrages

---

[1]) Die abgesonderte Befriedigung erfolgt unabhängig vom Conkursverfahren (§ 3 C. O.). Die Absonderungsberechtigten brauchen sich daher nicht, wie früher nach gemeinem Recht, in den Conkurs einzulassen. Schon nach röm. R. konnten die Pfandgläubiger ihr Pfandrecht geltend machen, ohne am Conkurse Theil zu nehmen, l. 6, l. 10 pr. C. de bonis auct. judic. 7, 72. Die Realgläubiger werden in der Ausübung ihrer dinglichen Rechte von den Wirkungen des Conkurses nicht betroffen und liegt deßhalb kein Grund vor, sie zu nöthigen, sich in den Conkurs einzulassen.

[2]) d. h. der rückständige Zins aus dem letzten Jahre vor Eröffnung des Verfahrens und der Zins für die noch laufende ganze Miethszeit.

ihrer Forderung aus der Verwendung, in Ansehung der zurückbehaltenen Sache;

8. diejenigen, denen nach dem Handelsgesetzbuche an gewissen Gegenständen ein Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht zusteht, in Ansehung dieser Gegenstände;

9. diejenigen, welche durch Pfändung ein Pfandrecht erlangt haben, in Ansehung der gepfändeten Gegenstände. (§ 41.)

c) Ein Absonderungsanspruch nach Maßgabe der landesgesetzlichen Bestimmungen steht ferner zu den Nachlaßgläubigern und Vermächtnißnehmern bei einer dem Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Conkursverfahrens erworbenen Erbschaft bezüglich der bei der Eröffnung noch vorhandenen Nachlaßgegenstände. (§ 43.)

d. Ebenso können die Gemeinschafter wegen Forderungen aus der Gemeinschaft abgesonderte Befriedigung aus dem bei der Theilung oder sonstigen Auseinandersetzung ermittelten Antheil des Gemeinschuldners verlangen. (§ 44.)

e) Abgesonderte Befriedigung erhalten endlich Lehen-, Stammguts- oder Familienfideicommiß-Gläubiger aus dem Lehen, Stammgut oder Fideicommiß nach Vorschrift der Landesgesetze. (§ 45.)

III. Demnächst werden aus der Conkursmasse die Commumkosten und Masseschulden vorweg berichtigt (§§ 50, 51, 52). Reicht die Masse zu deren Berichtigung nicht aus, so tritt verhältnißmäßige Befriedigung in der Weise ein, daß zunächst die Masseschulden, dann die Massekosten, von diesen zuerst die baaren Auslagen und zuletzt die dem Gemeinschuldner und dessen Familie bewilligte Unterstützung (zu den Massekosten nach § 51 Nr. 3 gehörig) zu berichtigen sind.

Schließlich werden die Conkursforderungen[1]) nach folgender Rangordnung, bei gleichem Range nach Verhältniß ihrer Beträge, berichtigt:

1. Die Rückstände aus dem letzten Jahre vor Eröffnung des Verfahrens oder dem Ableben des Gemeinschuldners an Lohn, Kostgeld und anderen Dienstbezügen der Personen, die sich dem Gemeinschuldner für dessen Haushalt, Wirthschaftsbetrieb oder Erwerbsgeschäft zu dauerndem Dienste verdungen hatten[2]),

2. die Forderungen der Reichskasse, der Staatskassen und der Gemeinden, sowie der Amts-, Kreis- und Provinzialverbände wegen öffentlicher Abgaben, welche im letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens fällig geworden sind oder nach § 58 als fällig gelten; es macht hierbei keinen Unterschied, ob der Steuererheber die Abgabe bereits vorschußweise zur Kasse entrichtet hat;

---

[1]) Die Vorrechte haften an der Forderung und gehen ohne Weiteres auch auf den Cessionar über.

[2]) Das Gesindelohn und die öffentlichen Abgaben bildeten nebst den Begräbnißkosten die erste gemeinrechtliche, absolut privilegirte Conkursklasse. Das Vorrecht der Begräbnißkosten ist gänzlich fallen gelassen.

3. die Forderungen der Kirchen und Schulen, der öffentlichen Verbände und der öffentlichen, zur Annahme der Versicherung verpflichteten Feuerversicherungsanstalten wegen der nach Gesetz oder Verfassung zu entrichtenden Abgaben und Leistungen aus dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens;

4. die Forderungen der Aerzte, Wundärzte, Apotheker, Hebammen und Krankenpfleger wegen Kur- und Pflegekosten aus dem letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens, insoweit der Betrag der Forderungen den Betrag der taxmäßigen Gebührnisse nicht übersteigt;

5. die Forderungen der Kinder und der Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners in Ansehung ihres gesetzlich der Verwaltung desselben unterworfenen Vermögens; das Vorrecht steht ihnen nicht zu, wenn die Forderung nicht binnen zwei Jahren nach Beendigung der Vermögensverwaltung gerichtlich geltend gemacht und bis zur Eröffnung des Verfahrens verfolgt worden ist;

6. alle übrigen Concursforderungen.[1]) (§ 54.)

Mit der Capitalsforderung werden an derselben Stelle angesetzt:

1. die Kosten, welche dem Gläubiger vor der Eröffnung des Verfahrens erwachsen sind;

2. die Vertragsstrafen;

3. die bis zur Eröffnung des Verfahrens aufgelaufenen Zinsen. (§ 55.)

Ausgeschlossen vom Concursverfahren sind:

1. die seit der Eröffnung des Verfahrens laufenden Zinsen;

2. die Kosten, welche den einzelnen Gläubigern durch ihre Theilnahme an dem Verfahren erwachsen;

3. Geldstrafen;

4. Forderungen aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners unter Lebenden oder von Todeswegen. (§ 56.)

Ein Gläubiger, welcher abgesonderte Befriedigung beansprucht, kann die Forderung, wenn der Gemeinschuldner auch persönlich für sie haftet, zur Concursmasse geltend machen, aus derselben aber nur für den Betrag verhältnißmäßige Befriedigung verlangen, zu welchem er auf abgesonderte Befriedigung verzichtet, oder mit welchem er bei der letzteren ausgefallen ist. (§ 57.)

Betagte Forderungen gelten als fällig.

Eine betagte unverzinsliche Forderung vermindert sich auf den Betrag, welcher mit Hinzurechnung der gesetzlichen Zinsen desselben für die Zeit von der Eröffnung des Verfahrens bis zur Fälligkeit dem vollen Betrage der Forderung gleichkommt. (§ 58.)

Forderungen unter auflösender Bedingung werden wie unbedingte geltend gemacht. (§ 59.)

---

[1]) Beseitigt ist somit das Vorrecht der Ehefrau wegen ihrer Dotalforderung, das Vorrecht wegen der Forderung aus einem unverzinslichen Gelddepositum gegen den Banquier, bezw. aus dem Depositum überhaupt u. a.

Forderungen unter aufschiebender Bedingung berechtigen nur zu einer Sicherung. (§ 60.)

Wird über das Vermögen mehrerer oder einer von mehreren Personen, welche neben einander für dieselbe Leistung auf das Ganze haften, das Concursverfahren eröffnet, so kann der Gläubiger bis zu seiner vollen Befriedigung in jedem Verfahren den Betrag geltend machen, den er zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens zu fordern hatte. (§ 61.)

Forderungen, welche nicht auf einen Geldbetrag lauten oder deren Geldbetrag unbestimmt, ungewiß oder nicht in Reichswährung festgesetzt ist, kommen nach ihrem Schätzungswerth in Reichswährung zum Ansatz. (§ 62).

Wiederkehrende Hebungen von bestimmtem Betrage und bestimmter Zeitdauer werden unter Abrechnung der Zwischenzinsen (§ 58) zusammengerechnet. Der Gesammtbetrag darf den zum gesetzlichen Zinsfuß kapitalisirten Betrag derselben nicht übersteigen. (§ 63.)

Französisches Recht.

Nach Code civil begründen einen Vorzug im Concurse: Privilegien (Vorzugsrechte, droits de préférence) und Hypotheken.

I. Privilegien (Priviléges).

Die Privilegien sind entweder allgemeine oder besondere (art. 2100).

Die ersteren erstrecken sich auf die gesammten Mobilien und (wenn diese zur Deckung des Gläubigers nicht ausreichen) auf die gesammten Immobilien, die letzteren nur auf bestimmte (bewegliche oder unbewegliche) Vermögensstücke.

Ein allgemeines Privileg haben zufolge Art. 2101:

1. die Gerichtskosten[1]), 2. die Leichenkosten[2]), 3. alle und jede Kosten der letzten Krankheit nach Verhältniß der einzelnen Forderungen, 4. der Lohn der Dienstboten für das verflossene und das laufende Jahr, ebenso der Handlungsgehülfen und der von dem Cridar unmittelbar verwendeten Arbeiter[3]),

5. die Forderungen für die dem Gemeinschuldner und dessen Familie gelieferten Lebensmittel aus den letzten 6 Monaten bei Kleinhändlern (z. B. Bäcker, Metzger u. a.), aus dem letzten Jahre bei Großhändlern und Kostgebern.

Privilegirt auf gewisse Mobilien sind:

1. Mieth- und Pachtgelder von Immobilien auf den Ertrag der Ernte des letzten Jahres und auf den Werth von Allem, womit das Miethshaus oder Pachtgut versehen ist und was zur Bewirthschaftung des Pachtgutes dient.

Das Vorzugsrecht steht zu, wenn der Pacht- oder Miethvertrag in

---

[1]) Die Praxis beschränkt dies auf die Massekosten.

[2]) les frais funéraires, sumtus funeris, einschließlich der herkömmlichen Gebühren an die Kirche und den Geistlichen.

[3]) art. 549 C. de comm. in der Fassung des Ges. v. 28. Mai 1838.

einer öffentlichen Urkunde geschlossen ist oder in einer Privaturkunde mit gewissem Datum, wegen aller fälligen und fällig werdenden Beträge, dagegen, wenn die Verträge in keiner öffentlichen Urkunde oder in einer Privaturkunde ohne gewisses Datum oder gar nur mündlich geschlossen sind, nur wegen der verfallenen Pacht- oder Miethszinsen, der Zinsen für das laufende Jahr und der Zinsen für noch 1 Jahr, vom Ende des laufenden Jahres an gerechnet.

Das Vorzugsrecht steht auch wegen sonstiger Ansprüche aus dem Vertrage zu, insbesondere wegen der dem Miether zur Last fallenden Ausbesserungen.

Privilegirt sind:

2. jede Forderung auf das für dieselbe gegebene Faustpfand, sofern der Gläubiger dieses noch in Händen hat;

3. die auf die Erhaltung der Sache verwendeten Kosten;

4. der Kaufpreis unbezahlter Mobiliareffecten, wenn sie noch im Besitz des Schuldners sind, mag mit oder ohne Bestimmung einer Zahlungsfrist verkauft sein, letzterenfalls unbeschadet des Vindicationsrechts des Verkäufers, so lange sich die Sachen noch in unverändertem Zustand beim Käufer befinden, und sofern die Vindication innerhalb 8 Tage nach der Ueberlieferung geschieht, jedoch unbeschadet des Verzugsrechts des gutgläubigen Vermiethers oder Verpächters;

5. die Lieferungen eines Gastwirths auf die in das Gasthaus inferirten Effecten des Reisenden;

6. die Frachtkosten und die damit verbundenen Nebenkosten auf die transportirte Sache;

7. Forderungen gegen öffentliche Beamte wegen Mißbräuche und pflichtwidriger Handlungen bei ihrer Amtsführung auf das Capital der von ihnen bestellten Caution und auf die Zinsen, welche ihnen davon gebühren. (Art. 2102.)

Privilegirt auf gewisse Immobilien zufolge Art. 2103 sind: 1. der Verkäufer auf die verkaufte unbewegliche Sache wegen des Kaufpreises. Bei successiven Verkäufen geht der frühere Verkäufer dem späteren vor. — 2. Die, welche zu der Erwerbung einer unbeweglichen Sache das Geld vorgeschossen haben, vorausgesetzt, daß durch die Anleiheurkunde authentisch festgestellt worden ist, daß die Summe zu jenem Zwecke bestimmt war, und durch die Quittung des Verkäufers, daß die Zahlung mit dem angeliehenen Gelde geschehen ist. — 3. Die Miterben, auf die Immobilien der Erbschaft, wegen der Gewährleistung für die unter ihnen geschehenen Theilungen und für dasjenige, was zur Ausgleichung der Loose herausgegeben werden muß.[1]) — 4. Die Baumeister, Bauunternehmer, Maurer und andere Arbeiter, welche angenommen worden sind, um Gebäude, Canäle und andere Werke irgend einer Art zu errichten, wieder aufzubauen oder

[1]) S. auch Art. 2109.

auszubessern, vorausgesetzt jedoch, daß ein von dem Gerichte erster Instanz, in dessen Bezirke die Gebäude gelegen sind, von Amtswegen ernannter Sachverständiger vorher ein Protocoll aufgenommen hat, um die örtliche Beschaffenheit in Beziehung auf die Arbeiten festzustellen, welche der Eigenthümer vornehmen zu wollen erklärt, und daß die Arbeiten spätestens in sechs Monaten nach Vollendung derselben durch einen gleichfalls von Amtswegen ernannten Sachverständigen aufgenommen worden sind. — Das Privilegium kann sich jedoch nicht weiter erstrecken, als auf den Werth, der durch das zweite Protocoll festgestellt worden ist, und es beschränkt sich auf die Summe, um welche das Grundstück zur Zeit der Veräußerung durch die daran gemachten Arbeiten höher im Werthe ist. — 5. Diejenigen, welche Geld dargeliehen haben, um die Arbeiter zu bezahlen oder ihnen ihre Auslagen zu erstatten, haben das nämliche Privilegium, vorausgesetzt, daß diese Verwendung durch die Anleiheurkunde und durch die Quittung der Arbeiter authentisch festgestellt ist, so wie es oben in Ansehung derer bestimmt worden ist, welche zu der Erwerbung einer unbeweglichen Sache Geld dargeliehen haben.

Wenn in Ermangelung des Mobiliarvermögens die zufolge Artikel 2101 privilegirten Gläubiger sich melden, um aus dem Preise einer unbeweglichen Sache mit den Gläubigern befriedigt zu werden, die auf die unbewegliche Sache ein Privilegium haben, so geschehen die Zahlungen in folgender Ordnung: 1. die Gerichtskosten und die sonstigen in dem Artikel 2101 aufgeführten Forderungen; 2. die in dem Artikel 2103 bezeichneten Forderungen. (2105.)

Unter den Gläubigern haben die Privilegien in Beziehung auf Immobilien nur insofern Wirkung, als sie durch Eintragung in die Register des Hypothekenbewahrers auf die in dem Gesetze bestimmte Weise zur öffentlichen Kenntniß gebracht worden sind, und nur von dem Tage dieser Eintragung an gerechnet (art. 2106). Ausgenommen sind: die zufolge Artikel 2101 privilegirten Forderungen (art. 2107). Ferner bewahrt der Verkäufer sein Privilegium durch die Transkription des Titels, durch welchen das Eigenthum auf den Erwerber übertragen ist, und woraus sich ergibt, daß er den Kaufpreis ganz oder zum Theil zu fordern hat. Zu diesem Ende gilt die von dem Erwerber veranstaltete Transkription des Vertrages als Eintragung für den Käufer und für den Darleiher, welcher jenem das gezahlte Geld vorgeschossen hat, und der durch denselben Vertrag in die Rechte des Verkäufers eingesetzt worden ist. Der Hypothekenbewahrer ist gleichwohl, bei Strafe des Schadensersatzes gegen Dritte, verbunden, die Forderungen, die aus der Urkunde hervorgehen, durch welche das Eigenthum übertragen wird, zum Vortheile des Verkäufers sowohl als der Darleiher, in sein Register von Amtswegen einzutragen. Diese können auch die Transkription des Kaufvertrages, wenn sie nicht geschehen ist, vornehmen lassen, um die Eintragung dessen zu erlangen, was sie aus dem Kaufpreise zu fordern haben. (art. 2108.)

Ein Miterbe oder Theilhaber bewahrt sein Privilegium auf die in

jedes Loos gefallenen Güter, oder auf das versteigerte Gut, für das, was zur Ausgleichung der Loose herausgegeben werden muß, oder für den Versteigerungspreis durch die Eintragung, welche innerhalb sechzig Tage, von dem Theilungsakte oder dem Zuschlage bei der Versteigerung an gerechnet, auf sein Betreiben geschieht. Während dieser Zeit kann auf das Gut, auf welches etwas herausgegeben werden muß, oder welches bei der Versteigerung zugeschlagen worden ist, keine Hypothek zum Nachtheile desjenigen stattfinden, welcher die Herausgabe oder den Kaufpreis zu fordern hat. (art. 2109.)

Baumeister, Bauunternehmer, Maurer und andere Arbeiter, welche angenommen worden sind, um Gebäude, Kanäle und andere Werke zu errichten, wieder aufzubauen oder auszubessern, und diejenigen, welche, um jene zu bezahlen, oder denselben ihre Auslagen zu erstatten, Geld dargeliehen haben, dessen Verwendung festgestellt worden ist, bewahren durch die doppelte Eintragung, 1. des Protocolls, welches die örtliche Beschaffenheit feststellt, und 2. des Protocolls über die Aufnehmung der vollendeten Arbeit, ihr Privilegium von dem Tage an, wo das erste Protocoll eingetragen worden ist. (art. 2110.)

Die Gläubiger und Legatarien, welche in Gemäßheit des Art. 878 in dem Titel: von der Erbschaft, die Absonderung des Vermögens des Verstorbenen verlangen, bewahren wider die Gläubiger der Erben oder Repräsentanten des Verstorbenen ihr Privilegium auf die Immobilien der Erbschaft durch die in den ersten sechs Monaten nach Eröffnung der Erbschaft auf jedes dieser Güter bewirkte Eintragung. — Vor dem Ablauf dieser Frist können die Erben oder Repräsentanten zum Nachtheile jener Gläubiger oder Legatarien keine wirksame Hypothek auf die Sachen bestellen. (art. 2111.)

Die Cessionarien dieser verschiedenen privilegirten Forderungen üben die nämlichen Rechte, wie die Cedenten, an deren Stelle und in derselben Rangordnung aus. (art. 2112.)

Alle privilegirten und der Förmlichkeit der Eintragung unterworfenen Forderungen, in Ansehung deren die zur Bewahrung des Privilegiums oben vorgeschriebenen Bedingungen nicht beobachtet sind, hören gleichwohl nicht auf, hypothekarische Forderungen zu sein; aber die Hypothek datirt sich in Beziehung auf Dritte erst von dem Zeitpunkte der gehörigen Eintragung. (art. 2113.) Allen Privilegien stehen voran die Steuern (Ges. v. 21. Novbr. 1808) und hinter allen Privilegien, aber vor den Hypotheken die Forderungen des Fiscus an Proceßkosten, Geldstrafen und aus Defecten (Ges. v. 5. Septbr. 1807).

II. Hypotheken (hypothèques).

Die Hypothek ist entweder eine gesetzliche, oder eine gerichtliche, oder eine vertragsmäßige. Gegenstände der Hypothek können nur sein: unbewegliche Güter und deren Zubehör, der Nießbrauch an solchen, Rechte, welche durch besondere Vorschrift den Grundstücken in dieser Beziehung gleichgestellt sind.[1]) (art. 2118.)

[1]) z. B. die Actien der französischen Bank, wenn sie in der vorgeschriebenen Weise immobiliarisirt worden sind.

Eine gesetzliche Hypothek ist beigelegt den Ehefrauen an den Gütern ihrer Männer, den Minderjährigen und Interdicirten an den Gütern ihrer Vormünder, den Legataren an den Immobilien der Erbschaft, in deren Besitz sich die Erben oder sonstigen Verpflichteten befinden (Art. 1017), dem Staat, den Gemeinden und öffentlichen Anstalten an den Gütern der zur Rechnungslegung verpflichteten Einnehmer und Verwalter (Art. 2121).

Die gesetzlichen Hypotheken müssen wie die richterlichen und vertragsmäßigen zur Wahrung der Dinglichkeit und des Vorzugs in's Hypothekenregister eingetragen werden, art. 2134, insbesondere auch nach Art. 8 des Ges. v. 23. März 1855 sur la transcription en matière hypothécaire die Hypotheken der Ehefrauen und Mündel, und zwar binnen Jahresfrist nach Vollziehung der Ehe, bezw. Beendigung der Vormundschaft.[1])

Oesterreichisches Recht.

Nach der Concursordnung vom 1. Januar 1869 §§ 42—48 werden aus der gemeinschaftlichen Concursmasse nach vorläufiger Berichtigung der auf dieselbe sich beziehenden Masseschulden die Concursforderungen in folgender Ordnung befriedigt:

in der ersten Klasse § 43:

1. wenn der Gemeinschuldner vor der Concurseröffnung gestorben ist, die Kosten für dessen Begräbniß nach Maßgabe des § 549 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches; wenn derselbe nach der Eröffnung des Concurses gestorben ist, die mit dessen Beerdigung unvermeidlich verbundenen Auslagen;

2. der für das letzte Jahr vor der Concurseröffnung rückständige Lied- oder Arbeitslohn der im Haushalte, Wirthschaftsbetriebe oder Gewerbe des Gemeinschuldners dauernd aufgenommenen Personen, auch wenn dieselben Kinder des Gemeinschuldners sind oder dessen Dienste schon vor der Eröffnung des Concurses verlassen haben;

3. Forderungen der Aerzte, Wundärzte, Hebammen, Krankenwärter und Apotheker, insoferne die Ansprüche für ihre Bemühungen und für gelieferte Heilmittel auf Krankheiten des Gemeinschuldners oder solcher Familienglieder, zu deren Unterhalt derselbe verpflichtet war, oder des im Haushalte befindlichen Dienstgesindes sich beziehen und nicht über Ein Jahr, von dem Tage der Eröffnung des Concurses oder, falls der Gemeinschuldner vor der Concurseröffnung gestorben ist, von dem Tage seines Todes zurückgerechnet, ausständig sind;

4. die Steuern, die durch Uebereinkommen mit den Steuerpflichtigen festgesetzten Abfindungsbeträge, dann die Zölle, die Verbrauchs- und andere öffentliche Abgaben, soferne diese Forderungen nicht über drei Jahre, von dem Tage der Eröffnung des Concurses zurückgerechnet, rückständig sind und nicht schon aus dem dafür haftenden Gute zur Zahlung gelangen.

Reicht die Masse zur vollständigen Befriedigung der Gläubiger dieser

---

[1]) Anders nach Cod. civ. art. 2135.

Classe nicht aus, so sind zuerst die unter 1., 2. und 3. angeführten Forderungen, und zwar nach dem Verhältnisse der einzelnen Beträge zu berichtigen; der allfällige Rest ist zur Berichtigung der unter 4. bezeichneten Forderungen zu verwenden.

In der zweiten Classe § 44:

1. die Ersätze, welche dem Vater, Vormunde oder Curator aus dem Grunde der pflichtwidrigen Verwaltung des Vermögens des Minderjährigen oder Curanden zur Last fallen;

2. die Forderungen, welche der Staatsschatz gegen einen Beamten oder Diener aus dem Dienstverhältnisse anzusprechen hat.

Im Fall der Unzulänglichkeit der Masse sind dieselben verhältnißmäßig zu berichtigen.

In die dritte Classe § 45:

sind sämmtliche keiner anderen Classe ausdrücklich zugewiesenen Gläubiger zu setzen und im Falle der Unzulänglichkeit der Masse verhältnißmäßig zu befriedigen.

Die von den Concursgläubigern angesprochenen Zinsen, wiederkehrenden Zahlungen, Proceß- und Executionskosten werden in Betreff ihrer Gleichstellung mit dem Capitale oder Bezugsrechte nach denselben Grundsätzen behandelt, welche in den §§ 33 bis 36[1]) für die Ansprüche der Realgläubiger aufgestellt sind.

In der vierten Classe, § 47:

sind diejenigen rückständigen Zinsen und wiederkehrenden Zahlungen, welchen nicht die gleiche Rangordnung mit dem Capitale oder Bezugsrechte zukommt, und zwar im Falle der Unzulänglichkeit der Masse verhältnißmäßig zu berichtigen.

Dasselbe gilt von den durch Pfand versicherten Zinsen und wieder-

---

[1]) §§ 33—36 lauten:

§ 33. Das Pfandrecht für die nicht länger als drei Jahre vor Eröffnung des Concurses rückständigen, sowie für die während desselben laufenden Zinsen hat gleiche Priorität mit dem Pfandrechte für das Capital.

§ 34. Auch den nicht länger als drei Jahre vor der Concurseröffnung rückständigen, sowie den während des Concurses fällig werdenden Ansprüchen auf jährliche Renten, Unterhaltsgelder oder andere wiederkehrende Zahlungen gebührt dieselbe Priorität, welche dem Bezugsrechte selbst zukommt.

Bleibt zur Bezahlung der rückständigen und laufenden Renten (§ 182) kein hinlänglicher Deckungsfond aus dem Erlöse des verpfändeten Gutes übrig, so kann der Bezugsberechtigte zuerst die Bezahlung der, eine gleiche Priorität genießenden Rückstände und dann die Ergänzung der Leistungen aus dem Capitale selbst, bis dasselbe aufgezehrt ist, fordern.

§ 35. Aeltere als drei Jahre vor der Concurseröffnung rückständige Zinsen, Renten, Unterhaltsgelder oder andere wiederkehrende Zahlungen haben, insoweit denselben ein Pfandrecht zukommt, erst nach den in den §§ 31 bis 34 bezeichneten Posten, und zwar nach der Priorität der Capitalien oder Bezugsrechte zur Berichtigung zu gelangen.

§ 36. Proceß- und Executionskosten, und zwar letztere, insoweit sie nicht Massekosten sind, kommen, wenn sie mit der Forderung das gleiche Pfandrecht genießen, auch zugleich mit dieser zur Berichtigung.

kehrenden Zahlungen, welchen dieselbe Rangordnung mit dem Capitale oder Bezugsrechte nicht zukommt, insoweit dieselben durch das Pfand nicht gedeckt sind.

In der fünften Classe, § 48:

1. die Forderungen aus Schenkungen und nach diesen
2. die Geldstrafen wegen Uebertretungen jeder Art,

insofern die einen und die anderen mit einem Pfandrecht nicht bedeckt sind.

Im Fall der Unzulänglichkeit der Masse tritt verhältnißmäßige Berichtigung ein.

Ueber englisches und nordamerikanisches Concursrecht s. die Anlagen II. und III. zu den Motiven der deutschen Concursordnung in Hahn, Materialien, Bd. 4, S. 484 fg.

4. Capitel: Entstehung der Schuldverhältnisse.

v. Savigny, Obligationenr. II §§ 51—81. v. Scheurl, Beiträge I S. 301 flgd. und im Jahrb. f. Dogm. 2, S. 248 flgd. Bekker, Jahrb. d. gem. R. 2, S. 342 flgd., 3, S. 116 flgd. Serafini, der Telegraph in seiner Beziehung z. bürgerlichen und Handelsrecht (übers. v. Roncali 1865). Dahn, Zeitschrift f. Handelsr. 9, S. 503 flgd. Hauser, ebenda 12 S. 34 flgd. Regelsberger, civilr. Erört. 1, (1868). Emminghaus im Arch. f. pract. Rechtswissenschaft N. F. 6, S. 113 flgd. Wolf, Perfection der Schuldverträge 1869, Köppen, Jahrb. f. Dogm. 11 S. 139 flgd. Sohm, Zeitsch. f. Handelsr. 17, S. 16 flgd. Schloßmann, Vertrag 1876, Schott, der obligat. Vertrag unter Abwesenden 1873, Siegel, Versprechen als Verpflichtungsgrund 1873, Hofmann, Entstehungsgründe der Obl. 1874, Kühn, Vertragsschluß u. Abw. in Jahrb. 16, S. 1 flgd. Marsson, Natur der Vertragsofferte 1879, Gardeike, Vertrag u. Abw. 1882, Oemler, desgl. 1885. Loth. Seuffert, Z. Geschichte der obligatorischen Verträge 1881.

§ 93. Der Schuldvertrag.

Die Obligationen entstehen entweder aus Contracten oder aus Delicten, oder aus quasicontractlichen oder quasidelictischen Vorgängen (aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio § 2 J. de oblig. 3, 13 l. 1 pr. D. de O. et A 44, 7).

Diese Eintheilung ist noch für das heutige Recht maßgebend. Es ist nicht erfindlich, wie deshalb, weil die Delictsobligationen im heutigen Recht nicht mehr auf Zahlung einer Privatstrafe, sondern auf Leistung des Schadensersatzes gehen, sie für das heutige Recht nicht mehr zu verwerthen sein soll[1]), da sie doch eine Eintheilung nicht nach dem Inhalt, sondern nach dem Grunde ist. Mit Recht ist sie daher in den modernen Gesetzgebungen beibehalten worden.[2])

Contractus ist der obligationsbegründende Vertrag, der Schuldvertrag. Der Ausdruck: obligatorischer Vertrag mag sowohl die obligationsbegründenden als auch die obligationslösenden Verträge umfassen. Der Schuld-

---

[1]) wie Dernburg, P. § 7, glaubt.

[2]) z. B. Code civil: contrats, quasi-contrats, délits, quasi-délits, III, 3, 4, Preuß. Landr. von Verträgen I, 5, von Pflichten und Rechten aus unerlaubten Handlungen I, 6. Oesterr. G. B.: Von Verträgen § 859 flgd., von dem Rechte des Schadensersatzes aus widerrechtlichen Handlungen oder Unterlassungen §§ 1293, 1294. Sächs. G. B.: Forderungen aus Verträgen und vertragsähnlichen Verhältnissen, Forderungen und unerlaubten Handlungen, Th. III, Abth. 2, Absch. 1, 2. Schweizerisches Obligationenr. 1. Tit.: Entstehung der Obligationen: 1. Cap. Vertrag, 2. Cap. unerlaubte Handlungen.

vertrag, Contract, ist eine Abart des Vertrages (conventio, pactio) im Allgemeinen. Er folgt daher der allgemeinen Theorie der Rechtsgeschäfte und Verträge. Diese bedarf hier keiner Wiederholung, sondern sind hier nur die Eigenthümlichkeiten des Schuldvertrages in Betracht zu ziehen.

I. Realcontract und Consensualcontract. Der Schuldvertrag (Contractus).

Das Justinianische Recht kannte nur noch: Real-, Verbal- und Consensual-Contracte.[1]) Der Verbalcontract wurde in Deutschland nicht recipirt, und blieben für das heutige Recht nur die Real- und Consensualcontracte bestehen, freilich Beides in verschiedener Weise: Das Princip der Consensualcontracte wurde generalisirt und durch deutsches Gewohnheitsrecht die Gültigkeit formloser Verträge anerkannt.

Damit sind aber die Realcontracte keineswegs beseitigt. Denn es handelt sich bei diesen um wirkliche Realrechtsgeschäfte, d. h. solche, bei denen die res, ein Hingeben, ein wesentliches, begriffsnothwendiges Geschäftsmoment bildet. Das Mutuum ist begrifflich ein mutuo datum, das Commodat ein utendum datum, das Depositum ein custodiendum datum, das Pignus ein pignori datum. Das die Rückerstattungs-, bezw. Rückgabepflicht begründende Moment ist hierbei nicht etwa die Hingabe, sondern wesentlich der an diese sich anlehnende Vertragswille, da nur diesem allein rechtliche Causalität zukommt, und die res nur ein factisches Geschäftsmoment bildet. Es verhält sich hiermit ähnlich wie mit der Tradition und Zahlung.[2]) Durch die Anerkennung des Consensualprincips ist an den begriffsmäßigen Momenten der Realcontracte nichts geändert, sondern nur bewirkt, daß auch ohne res der Wille, ein Darlehen, Commodatum u. s. w. einzugehen, ein gültiges Rechtsgeschäft hervorbringt, zwar nicht das Realgeschäft des Mutuum, Commodatum u. s. w., sondern ein Consensualrechtsgeschäft: ein klagbares pactum mutuando commodando u. s. w. Geht ein solches dem Realgeschäft voran, so geschieht die Hingabe der Sache nicht credendi, sondern solvendi causa. Es ist aber nicht ausgeschlossen, und im Verkehr sogar das bei Weitem Häufigere, daß von dem vorgängigen Consensualvertrage Umgang genommen und unmittelbar zum Abschluß des Realgeschäfts geschritten wird[3]) und ist heut, wie bei den Römern, eben der mit der Hingabe erklärte Verpflichtungswille das obligationsbegründende Moment. Der Unterschied zwischen römischem und heutigem

---

[1]) l. 1 § 1 D. de O et A 44, 7: obligationes ex contractu aut re contrahuntur aut verbis aut consensu.

[2]) Die übliche Theorie berücksichtigt die Realrechtsgeschäfte viel zu wenig neben den bloßen Willenserklärungen.

[3]) Richtig daher Windscheid, P. § 312 Note 5: „es giebt heut wohl Verträge, welche dadurch zu Stande kommen, daß unter der Auflage einer Verpflichtung gegeben (geleistet) und mit dieser Auflage angenommen wird." Und nicht nur dies, sondern die Realform ist bei den hier fraglichen Geschäften die dem Verkehr zumeist geläufige! Vgl. auch Arndts, § 232 Note 4 a. E.

Recht reducirt sich also darauf, daß jenes Verträge über ein zu empfangendes Darlehen oder Commodat u. s. w. nicht anders als bei gleichzeitiger Hingabe der Darlehnssumme oder zu leihenden Sache anerkannte, während nach heutigem Recht diesen Verträgen schon ohne Rücksicht auf die Hingabe Geltung zukommt, eine practisch wenig belangreiche Erweiterung des Contractssystems.

II. Vertragscausa.

Der Schuldvertrag erfordert zu seiner Gültigkeit nothwendig einen rechtfertigenden Grund, causa. Dieser liegt in dem concreten Rechts- oder Verkehrszweck. Das Recht als eine ideale, von Vernunft beherrschte Ordnung erkennt nicht zweck- und grundlose Versprechen als bindend an, sondern verlangt einen zureichenden Grund der Verpflichtung. Dies ergiebt sich als eine sich von selbst aufdrängende Abstraction aus der Betrachtung der concreten Erscheinungen der Rechtswelt, insonderheit auch des Obligationenrechts.[1])

III. Vertragsinhalt.

Der Contract darf auf Nichts Unmögliches, Unerlaubtes oder Unsittliches gerichtet sein. Die bloß subjective Unmöglichkeit schadet der Gültigkeit des Vertrages nicht. Der Satz, daß eine in den Verhältnissen des Gläubigers begründete Unmöglichkeit der objectiven Unmöglichkeit gleichgestellt werde[2]), ist ebenso irreführend als überflüssig. Denn in den hierauf bezüglichen Fällen, z. B. Mangel des commercium in der Person des Stipulators, Mangel des Eigenthums an dem Grundstück, für das man eine Grundgerechtigkeit stipulirt, ferner Kauf der eigenen Sache und Stipulation von Etwas dem Stipulator bereits Gehörigen, handelt es sich um eine wahre — und zwar juristische – Unmöglichkeit. Es liegt deshalb keine Veranlassung vor, diese Fälle besonders herauszuheben und davon zu reden, daß dieselben der objectiven Unmöglichkeit gleichzustellen sind. Selbstverständlich ist die Unmöglichkeit nach den Verhältnissen des concreten Falles zu beurtheilen. Die Unterscheidung zwischen absoluter und relativer Unmöglichkeit ist daher unpractisch. Dasselbe gilt von der Unterscheidung dauernder und zeitweiliger Unmöglichkeit. Denn für die Gültigkeit des Vertrages kommt es darauf an, daß schon bei seinem Abschluß sein Inhalt ein möglicher ist, damit das begründete Recht sich alsbald verwirkliche. Dieser Grundsatz modificirt sich bei bedingten Verträgen, da hier genügt, daß die Möglichkeit zur Zeit des Eintritts der Bedingung vorliegt.[3])

IV. Perfection.

Der Vertrag wird perfect durch das Angebot von der einen Seite und

---

[1]) S. oben S. 35, 304 flgd.

[2]) Mommsen, Beiträge I S. 139.

[3]) Dahin ist schließlich die im röm. R. hierüber bestandene Controverse entschieden worden l. 41 § 1. 2 D. de leg. I, 30, 1, l. 31, l. 98 de V. O. 45, 1, l. 61 D. de contr. empt. 18, 1, l. 98 D. de cond. et dem. 35, 1. Noch weiter scheint Celsus gegangen zu sein l. 1 § 2 D. de reg. Cat. 34, 7.

die Annahme desselben von der anderen Seite. Im Begriffe des Angebots liegt, daß es Demjenigen, mit welchem man contrahiren will, zugehen muß, da es bezweckt, dessen Willensmeinung über den projectirten Geschäftsabschluß einzuholen. Ebenso muß die Annahmeerklärung als Antwort auf den gestellten Antrag dem Antragsteller mitgetheilt werden. Durch die beiderseitige Mittheilung kommt der Vertrag zu Stande. Am einfachsten und natürlichsten entwickelt sich dieser Hergang bei einem Geschäftsabschluß unter Gegenwärtigen ab. Durch die unmittelbare Verhandlung bringen die Parteien ihre beiderseitige Willensmeinung einander zur Kenntniß und zum Bewußtsein, und wird so durch Austausch der beiderseitigen Erklärungen der Vertrag perfect. Hierbei ist streitig, einmal, in welchem Sinne es erforderlich ist, daß die Offerte zur Kenntniß und zum Bewußtsein des Oblaten kommt und sodann, bezüglich der Annahmeerklärung, ob es überhaupt für die Perfection des Vertrages erforderlich, daß sie zur Kenntniß des Offerent und ihm zum Bewußtsein gekommen ist.

In ersterer Beziehung wird betont, daß die Kenntnißnahme des Oblaten von der Offerte nicht zur Vollendung der letzteren gehöre, diese vielmehr schon vollendet und abgeschlossen sei, wenn Seitens des Offerenten Alles geschehen, damit dem Oblaten die Kenntnißnahme möglich sei, und es mithin nicht darauf ankomme, ob der Oblat thatsächlich Kenntniß nimmt oder ihm aus irgend einem Grunde, z. B. Unaufmerksamkeit, die Offerte nicht zum Bewußtsein gebracht wird. Dies ist, was die Vollendung der Offerte anlangt, allerdings richtig, aber für die Perfection des Vertrages ist die Kenntniß vom Inhalt der Offerte wesentlich und Vorbedingung des Consenses. Nur die positive Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs und das Interesse des Gegencontrahenten könnte es rechtfertigen, von dieser Vorbedingung abzusehen, und wenn trotz mangelnden Bewußtseins die Annahmeerklärung erfolgt, dies für die Perfection des Vertrages ausreichend zu erachten, um so mehr, als der Oblat es sich selber zuzuschreiben hat, daß er von der Offerte keine Kenntniß genommen, und wenn er trotzdem acceptirt hat, darin jedenfalls ein Verzicht auf die Kenntnißnahme liegt.

Die zweite Frage anlangend, so halten die Anhänger der sog. Vernehmungstheorie zur Perfection des Vertrages für erforderlich, daß die Annahmeerklärung zur Kenntniß des Offerenten gelange, da erst damit das für den Vertrag wesentliche wechselseitige Bewußtsein von der Willensübereinstimmung vorhanden ist. Allein dies Requisit zur Perfection des Vertrages will nicht einleuchten, vielmehr erscheint nur als erforderlich, daß die Annahmerklärung objectiv erkennbar und unwiderruflich abgegeben ist, die Kenntniß des Offerenten davon aber durchaus nebensächlich. Demgemäß will die sog. Aeußerungstheorie es an dem bloßen Ausdruck des Annahmewillens genügen lassen, ohne Rücksicht darauf, ob und wie derselbe zur Mittheilung an den Offerenten gelangt Allein dieser Auffassung steht entgegen, daß der bloße Ausdruck des Annahmewillens, so lange er nicht nach außen hin kund gegeben ist, eine durchaus innere Angelegenheit des Erklärers ist, und, so lange sie nicht an den Offerenten oder einen Vertreter desselben gelangt ist,

von dem Erklärenden zurückgenommen werden kann, indem z. B. ein dieselbe enthaltender Brief oder der mit der Ueberbringung derselben beauftragte Bote bis dahin noch zurückbeordert werden kann. Dieser Einwand würde freilich entfallen, wenn die Briefannahmestelle (die Post) oder der Bote als Beauftragte und Vertreter des Offerenten anzusehen wären. Da nun thatsächlich dies nicht der Fall, kann auch die Aufgabe des Briefes oder die Absendung des Boten (sog. Uebermittelungstheorie) nicht zur Perfection genügen.

Man will daher erfordern, daß die Annahmeerklärung bei dem Offerenten mindestens angelangt sein müsse. Dieses Anlangen erscheint aber nicht unter dem Gesichtspunkt als erheblich, daß damit dem Offerenten die Möglichkeit gegeben sei, von der Annahmeerklärung Kenntniß zu nehmen, und da er nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange von den eingehenden Antworten Kenntniß nehmen müsse, rechtlich diese Kenntnißnahme als geschehen anzusehen sei. Denn nach dem oben angedeuteten Grundprincip kommt überhaupt Nichts darauf an, daß die Annahmeerklärung dem Offerenten thatsächlich zum Bewußtsein gekommen sei, und ist dies zur Perfection des Vertrages keineswegs erforderlich. Dies erhellt schon daraus, daß in den Fällen, wo die Annahme der Offerte durch concludente Handlungen (stillschweigend) geschieht, die Perfection schon mit der Vornahme dieser Handlungen eintritt, ohne daß es hierzu einer Mittheilung an den Antragsteller oder einer Kenntnißnahme desselben bedarf. Wird aber in diesen Fällen davon abgesehen, daß die Acceptation dem Offerenten bekannt wird und zum Bewußtsein kommt, so kann dies überhaupt kein wesentliches Requisit zur Perfection sein. Wenn man, um dieser Inconvenienz zu entgehen, der Offerte den Sinn unterstellt, daß ihre sofortige Ausführung durch den Oblaten Annahme sein soll (R. O. H. 18 S. 247 R. G. 2 S. 43 Dernb. P. § 11), und zugleich darin einen Verzicht auf Antwort finden will, so hilft dies über den Bruch des Princips nicht hinweg, da, wenn dieses aus der Natur der Sache folgen und erforderlich machen soll, daß die Contrahenten ihren Consens sich gegenseitig erklären, daran durch den Willen des Offerenten Nichts geändert werden kann. Wenn nun gleichwohl in den fraglichen Fällen die Annahme der Offerte ohne Mittheilung an den Offerenten zweifellos zuläßig, so folgt daraus von selbst die Unrichtigkeit jenes Princips. Hiernach erscheint denn auch die sog. Empfangstheorie unhaltbar.

Das Eintreffen der Annahmeerklärung beim Offerenten ist vielmehr lediglich unter dem Gesichtspunkt von Erheblichkeit, daß dieselbe damit aufhört, noch die eigene des Erklärenden (Oblaten) zu sein, sie seiner Herrschaft fortan entzogen wird und nicht mehr einseitig durch ihn rückgängig gemacht werden kann.

Es führt dies somit zu dem Resultat, daß der Vertrag perfect wird, sobald die Annahmeerklärung nicht nur objectiv erkennbar, sondern auch in unwiderruflicher, nicht mehr rückgängig zu machender Weise abgegeben ist. Ein Mehreres kann füglich zur Perfection nicht verlangt werden. Damit gelangt man zu einer Art qualificirter Aeußerungstheorie. Diese Auffassung reicht auch aus für solche Fälle stillschweigender Offertacceptation,

wo sich in der Offerte schlechterdings nicht der Sinn finden läßt, daß die sofortige Ausführung, sofortiges Handeln Annahme sein soll, z. B. wenn ohne Bestellung Waaren einfach mit einer Preisnote zugesendet werden. In der Verfügung über die Waaren, bezw. in der Effectuirung der aufgegebenen Bestellung liegt eine Annahmeerklärung, die objectiv und unabänderlich feststeht. Imgleichen bewährt sich die gewonnene Auffassung bei der Auslobung, da die Annahme hier in keiner anderen Weise als durch Bethätigung im Sinne derselben stattfinden kann.

V. Verhinderung der Perfection.

Die Perfection wird vereitelt

durch Widerruf der Offerte, der bis zur erklärten Annahme statthaft ist, ebenso durch Widerruf der Annahmeerklärung, welcher statthaft ist, so lange es noch in der Macht des Erklärenden steht, diese rückgängig zu machen, also bei ausdrücklich erklärter Annahme bis zum Anlangen der Erklärung beim Offerenten, bei stillschweigender Annahme, so lange der Oblat die betreffende Handlung thatsächlich wieder rückgängig machen kann z. B. Zurückholung der auf Bestellung abgesandten Waaren. Es kann dies der Natur der Sache nach nicht bezweifelt werden[1]), und schwerlich nach dermalen geltendem Recht ein Gerichtshof in einem solchen Falle eine Perfection des Vertrages annehmen.

Die Perfection wird ferner gehindert

durch Tod oder Handlungsunfähigkeit des einen oder andern Theils vor bindend erklärter Annahme, ebenso durch Ablauf der für die Dauer der Offerte bezw. Erklärung der Annahme vom Offerenten etwa gesetzten oder der Natur der Sache nach bezw. nach gesetzlicher Vorschrift sich verstehenden Frist.

Wirkungslos ist eine verspätete, bedingte oder eingeschränkte Annahme; letztere enthalten eine neue Offerte.

VI. Versteigerung, Licitation.

Diese bezweckt den Vertragsabschluß mit dem Meistbietenden oder Mindestfordernden. Hölzern ist die Construction dieses Verhältnisses, nach welcher durch jedes Gebot ein Vertrag mit dem Versteigerer zu Stande kommt unter der Suspensivbedingung, daß nicht Seitens eines Anderen ein höheres Gebot bezw. eine niedrigere Forderung erfolgt, so daß durch die Abgabe des letzten Gebots alle Zwischengebote und der darauf beruhenden Einzelverträge weggefallen und der Vertrag mit dem Meistbietenden bezw. Mindestfordernden als der endgültige bestehen bleibt.

Der Kern der Sache aber wird verfehlt bei der Ansicht, welche in der Versteigerung nicht ein Angebot in incertam personam, sondern nur eine

---

[1]) Anders die Motive z. Entw. d. B. G. B. zu § 86 S. 173 a. E. aus dem unhaltbaren Theorem heraus, daß in der Gestattung der stillschweigenden Annahme ein Verzicht auf Antwort liegt.

Aufforderung und Einladung des Publikums zum Bieten sieht, so daß ein Vertrag erst dadurch zu Stande kommt, daß der Versteigerer eines der abgegebenen Gebote, d. i. das Meistgebot oder die Mindestforderung acceptirt, und die Acceptation in dem Zuschlag zum Ausdruck bringt. Diese Auffassung geht fehl insofern, als in der That der Versteigerer sich mit einer Offerte an das Publikum wendet, und zwar einer Offerte, die nicht bloß an eine incerta persona gerichtet, sondern auch dem Object: dem Preise nach unbestimmt ist. Die Unbestimmtheit des Preises und folgeweise auch der Person des Gegencontrahenten, also die Unbestimmtheit der Offerte nach diesen Seiten hin ist eben die nothwendige Voraussetzung der Versteigerung und gerade der Zweck und das Wesen der letzteren ist es, diese Unbestimmtheit zu heben.

Es handelt sich also dabei um eine Offerte, bei der die Person des Gegencontrahenten und die Höhe der Gegenleistung in pendenti sind. Diese Pendenz wird durch das Versteigerungsverfahren gehoben, indem durch das Meistgebot bezw. die Mindestforderung sich sowohl die Person des Gegencontrahenten als die Preishöhe herausstellt, und zugleich die Annahme der vom Versteigerer gestellten Offerte sich vollzieht. Daß schon nach römischem Recht an Offerten mit pendentem Obligationssubject und Object kein Anstoß zu nehmen ist, ergiebt schon die Analogie der Pendenzverhältnisse und beweist vollends die theoretische Behandlung des sog. jactus missilium.[1])

VII. Die Perfection wird hinausgeschoben, wenn dieselbe durch Willkür der Parteien oder Rechtsvorschrift von dem Hinzukommen einer gewissen Form z. B. der schriftlichen Abfassung oder gerichtlichen Verlautbarung abhängig gemacht wird. Nach positiver Vorschrift Justinian's soll der Vorbehalt der schriftlichen Abfassung als Vertragsbedingung gelten, so daß jeder Theil bis dahin zurücktreten kann.[2]) Zur

VIII. Bestärkung der Verträge

dient 1. die Arrha. Sie ist eine Gabe zum Zeichen des Vertrages und zwar a) zunächst des perfecten Vertrages, ein primitives Mittel[3]), die Per-

---

[1]) l. 9 § 7 D. A. R. D. 41. 1: interdum et in incertam personam collocata voluntas (d. i. die Traditionsofferte an incertae personae) domini transfert rei proprietatem, ut ecce, qui missilia jactat in vulgus. ignorat enim, quid eorum quisque excepturus sit et tamen, quia vult, quod quisque exceperit, ejus esse, statim eum dominum efficit l. 5 § 1 D. pro derel. 41, 7. Jhering's Opposition gegen die Offerte an eine unbestimmte Person, erscheint schon vom Standpunkt des reinen römischen Rechts, geschweige des heutigen Rechts als unzutreffend. Vgl. Windscheid, § 309 Note 8.

[2]) l. 17 C. de fide instr. 4, 21 pr. J. de emt. 3, 23. Ein anderes Beispiel liefert die Vorschrift des Reichsabschieds v. 1851, §§ 78, 79, daß die Schuldverschreibung eines Christen an einen Juden vor des Ersteren ordentlichem Richter aufgenommen werden soll.

[3]) Sie stammt aus dem römisch-germanischen Alterthum: Jagemann, Draufgabe (1873) S. 11 flgd. und hat heutzutage nur noch sehr beschränkte Bedeutung. Trotzdem wird sie in der neueren Gesetzgebung beibehalten, § 417 E. d. B. G. B.

fection zu bezeugen (Draufgeld, Handgeld, arrha confirmatoria). Das Gegebene ist in Ermangelung entgegenstehender Abreden zurückzuerstatten bezw. anzurechnen, wenn der Vertrag erfüllt wird, und zurückzugeben, wenn der Vertrag nichtig ist oder rückgängig gemacht wird.[1])

b) Die Arrha kann ferner mit Bezug auf einen künftigen Vertrag vorkommen zu dem Zweck, den Abschluß desselben zu sichern, also zur Bestärkung eines (unverbindlichen, z. B. nicht in Stipulationsform geschlossenen) Vorvertrages (Handgeld, Gebinggeld, arrha contractui imperfecto data). Wird die Vertragsschließung verweigert, so verliert (licet non sit specialiter adjectum) der Geber die Arrha, während der Empfänger sie in doppeltem Betrage (d. i. das Gegebene selbst nebst dessen Geldwerth) zu erstatten hat.[2])

c) Die Arrha hat die Natur eines Reugeldes, wenn gegen Verlust derselben bezw. Erstattung ihres doppelten Werthes der einseitige Rücktritt von dem (bereits gültig geschlossenen) Vertrage freistehen soll[3]) (arrha poenitentialis).

d) Die Arrha kann endlich eine gemischte Natur annehmen, indem sie einerseits Zeichen des perfecten Vertragsschlusses und also bei Erfüllung des Vertrages zurückzugewähren ist, andererseits die Bedeutung einer Conventionalstrafe hat, so daß der Geber dieselbe verliert, wenn er den Vertrag nicht erfüllt, bezw. in gleichem Falle der Empfänger das Doppelte zu erstatten hat, unbeschadet des Rechts des andern Theils, auf Erfüllung zu bestehen.[4])

e) Eine Combination, bei der dem vertragstreuen Theil nur die Wahl zwischen dem Behalten der Arrha oder der Klage auf Erfüllung zustehen soll[5]), ist dem heutigen Verkehr nicht geläufig.

Im Zweifel ist die Arrha für eine arrha confirmatoria zu halten, denn es ist etwas Irreguläres, der besonderen Festsetzung Bedürfendes, daß man

---

[1]) E. d. B. G. B. § 418. Nach § 419 behält der Empfänger die Draufgabe, wenn der Geber die Wiederaufhebung des Vertrages oder Unmöglichkeit der Erfüllung verschuldet hat, jedoch soll der Werth derselben auf die Schadensersatzforderung des Ersteren angerechnet werden! Ebenso beläßt schweiz. Obl. R. art. 178 dem Empfänger die Draufgabe als Haftgeld.

[2]) l. 17 C. de fide instr. 4, 21: Illud etiam adjicentes, ut et in posterum, si quae arrhae super facienda emptione cujuscunque rei datae sunt . . . . et qui vendere pollicitus est, venditionem recusans in duplum las reddere cogatur et qui emere pactus est, ab emptione recedens, datis a se arrhis cadat.

[3]) In diesem Fall bewirkt nicht sowohl die Arrha, als vielmehr die Gewährung des Rücktrittsrechtes die Schwächung des Vertrages, und ist jene als ein auf den Rücktritt gelegtes Gravamen der Aufrechterhaltung des Vertrages wieder förderlich.

[4]) So pr. J. de emt. 3, 23 nach v. Savigny's Obl. II S. 271 richtiger Auslegung.

[5]) Es kann dies, juristisch gedacht, nur heißen entweder, daß dem anderen Theil der Rücktritt freisteht und also der Fall der arrha poenitentialis gegeben ist, oder daß der vertragstreue Theil die arrha als Prämie dafür behalten soll, daß er dem andern Theil den Rücktritt nachträglich gestattet, ihn aus dem Vertrage entläßt. Schon Azo wollte Derartiges in l. 17 C. cit. 4, 21 finden. S. dagegen v. Savigny II § 79 i. Neuerdings hat Dernburg, P. II § 12 a. E. diese Combination unter Bezugnahme auf das römisch-syrische Rechtsbuch wieder aufgenommen und meint, daß sie heutzutage sogar practisch die Regel geworden.

von dem geschlossenen Vertrage, wenn auch gegen Preisgeben eines Vermögensstücks, abgehen darf.[1])

2. **Conventionalstrafe.** a) Man kann ohne Rücksicht auf das Bestehen einer Obligation für den Fall, daß man etwas nicht thue, oder für den Fall, daß man einer Vorschrift zuwiderhandle, zu einer Strafleistung verbunden sein. Die Strafstipulation bewirkt einen indirekten Zwang zum Thun oder Lassen und empfiehlt sich in Fällen, wo hierauf bezügliche Ansprüche in klagbarer Weise sich nicht begründen lassen, z. B. bei Handlungen ohne Vermögenswerth oder bei Stipulationen zu Gunsten Dritter. Ihrer juristischen Natur nach unterliegt sie der Theorie der bedingten Verträge.

In Bezug auf eine bestehende Obligation hat

die **Conventionalstrafe** oder richtiger: die für den Fall der Nichterfüllung bedungene Leistung

b) vorwiegend die Bedeutung eines vertragsmäßig fixirten Aequivalents der Erfüllung. Hieraus folgt, daß nur entweder die Erfüllung oder die bedungene Ersatzleistung gefordert werden kann[2]), wobei dem Gläubiger zwischen Beidem die Wahl zusteht und ihm außer der Conventionalleistung die Nachforderung des etwaigen Mehrbetrages seines wirklichen Interesse verstattet wird. Hieraus folgt, daß, wenn die Leistung nur für den Fall der nicht rechtzeitigen oder nicht gehörigen Erfüllung bedungen ist, sie also nur das Zeitinteresse oder das Interesse der gehörigen Erfüllungsart repräsentirt, sie noch außer der Hauptsache bezw. dem Interesse in der Hauptsache gefordert werden kann, da sie nicht dieses, sondern nur ein Nebeninteresse vertritt.[3]) Unter Umständen kann hier in der vorbehaltlosen Annahme der Hauptleistung ein Verzicht auf die Conventionalstrafe d. i. das Nebeninteresse liegen; keineswegs aber versteht sich dies kraft Rechtens von selbst.[4]) In allen diesen Fällen hat die bedungene Leistung nicht sowohl den Charakter einer wahren Conventionalstrafe, als sie vielmehr wesentlich nur **Conventionalentschädigung** ist. Wegen ihrer accessorischen Bedeutung setzt sie die Gültigkeit der Hauptobligation voraus.[5])

---

[1]) So schon **Höpfner**, Commentar § 745 a. flgd. Ebenso § 417 des Entw. d. B. G. B.

[2]) l. 23 pr. D. de recept. 4, 8, l. 41, 42, 71 D. pro soc. 17, 2, l. 28, l. 47 D. act. empt. vend. 19, 1, l. 4 § 7 D. de doli exc. 44, 7, l. 10 § 1 D. de pact. 2, 14, l. 15, l. 16 D. de trans. 2, 15, l. 12 § 2 D. de pact. dot. 23, 4, l. 40 C. de trans. 2, 4. Selbstverständlich können die Parteien auch Beides cumulativ vereinbaren, l. 115 § 2 D. de V. O. 45, 1. l. 16 D. de trans. 2, 15. § 420 E. d. B. G. B.

[3]) § 421 E. d. B. G. B.

[4]) So R. G. Entsch. Bd. 9 S. 200 u. die daselbst citirte Entsch. Die Gegenmeinung (s. b. **Glück**, 4 S. 533 flgd.) beruft sich mit Unrecht auf l. 23 pr. D. de recept. 4, 8, l. 10 D. de eo. q. certo loc. 13, 4, l. 6 § 3 D. de lege com. 18, 3, l. 8 C. de usur. 4, 32. § 421 E. d. B. G. B. verlangt Vorbehalt der Strafleistung, es wäre denn, daß der Gläubiger von seinem Recht auf dieselbe nicht unterrichtet war. Nach § 307 I. 5 A. L. R. erlischt sie durch vorbehaltlose Annahme der späteren Erfüllung.

[5]) l. 69 D. de V. O. 45, 1.

c) Wo die bedungene Leistung wahre Strafe ist, konnte nach dem Recht der Stipulationen sie nur allein gefordert werden, indem man der Strafstipulation quasi novirende Wirkung in Bezug auf die Hauptobligation beilegte[1]), während das heut zu generalisirende Recht der bona fides Beides alternativ zuließ.[2])

d) Eine Conventionalstrafe im wahren Sinne des Wortes liegt vor, wo die bedungene Leistung als Sühne für einen Contractbruch gedacht ist z. B. bei Vergleichen, Erbtheilungen, so daß sie mit der Vertragserfüllung cumulirt wird.[3])

e) Endlich kann die Conventionalstrafe die Natur eines Reugeldes (Wandelpön, mulcta poenitentialis) annehmen, so daß der Verpflichtete sich durch Erlegung derselben von der Erfüllung des Hauptvertrages befreien kann.[4])

§ 94. Verträge zu Gunsten Dritter.

Vertrag zu Gunsten eines Dritten im eigentlichen und engern Sinne ist nicht schon ein solcher, durch welchen bloß die Leistung an einen Dritten versprochen und auch nur der eine Contrahent (der Promissar) berechtigt wird, diese Leistung zu fordern[5]), sondern ein solcher, aus welchem der Dritte, an den die Leistung geschehen soll, unmittelbar auch forderungs- und klageberechtigt wird, obwohl er weder selbst noch durch einen Stellvertreter an dem Vertragsschluß Theil genommen hat. Eine solche Wirkung des Vertrages ist unconstruirbar und juristisch unmöglich. Alle in dieser Beziehung aufgestellten Constructionsversuche scheitern einfach daran, daß die Dispositionsbefugniß der Contrahenten nicht über die eigene Rechtssphäre hinausgeht und ihnen die Macht fehlt, in die Rechtssphäre des Dritten gestaltend einzugreifen, und wie sie ihn ohne seinen Willen nicht verpflichten,

---

[1]) l. 44 § 6 D. de O et A. 44, 7. l. 115 § 2 D. de V. O. 45, 1.

[2]) Vgl. v. Savigny, Obl. II S. 278.

[3]) l. 16 D. de trans. 2, 15, l. 17 C. eod. 2, 4, l. 122 § ult. de V. O. 45, 1. l. 115 § 2 D. eod.

[4]) S. hierüber v. Savigny, Obl. II S. 276; Arndts, P. § 211; Windscheid, § 285, 4.

[5]) Verträge dieser Art unterliegen keinem Bedenken mehr, seitdem im heutigen Recht das ausnahmelose Requisit des eigenen pecuniären Interesse des Promissars weggefallen ist. Der favor tertii genügt (oben S. 10—11, Obligatio S. 48). Die versprochene Leistung muß jedoch nach wie vor auf einen Geldwerth gehen. Ich kann darin, daß ich einerseits von einem eigenen pecuniären Interesse des Gläubigers absehe und doch andererseits eine geldwerthe Leistung als Obligationsgegenstand erfordere, keinen Selbstwiderspruch oder gar eine Unklarheit finden. Man denke einfach an Fälle, wo Jemand einen Andern zum gemeinen Besten zu irgendwelchen Leistungen verpflichtet, z. B. zum Bau einer Eisenbahn zur Verbindung zweier Nachbarorte, zur Verschönerung der öffentlichen Anlagen, Veranstaltung eines Feuerwerks oder zur Beleuchtung sehenswerther Punkte (z. B. eines Bergabhangs, einer Grotte, des Strandes u. s. w.). Der Gläubiger hat an sich weder von der Vornahme dieser Leistungen einen pecuniären Vortheil noch vom Unterbleiben derselben einen pecuniären Schaden. Ich hebe dies hervor, um weiteren Mißverständnissen vorzubeugen. Uebereinstimmend Dernburg, P. II, § 17, S. 48.

so auch nicht für ihn ohne seine Mitwirkung lediglich durch den zwischen ihnen geschlossenen Vertrag ein Forderungsrecht begründen können. Dies zeigt sich auch daran, daß, wenn der Dritte das ihm zugedachte Forderungsrecht nicht erwerben will, jene Vertragswirkung in sich zusammenfallen muß. Eine schiefe Auffassung ist es, in dem vermeintlichen Forderungsrechte des Dritten ein durch die Ablehnung des Dritten rückwirkend resolutiv bedingtes Recht zu sehen, ebenso schief, als wenn man die Zurückweisung einer Offerte als Resolutivbedingung des durch die Offerte bezweckten Rechts auffassen wollte.[1]) Die Analogie des Vermächtnisses ist unzutreffend. Denn der Ipso jure Erwerb des Vermächtnisses nach der in der Compilation recipirten Ansicht der Sabinianer beruht auf einer Präsumtion der Annahme, eine Präsumtion, die durch die spätere Ablehnung zerstört wird, so daß die Ablehnung herausstellt, daß überhaupt noch gar kein Erwerb des Vermächtnisses stattgefunden hat.[2]) Ebenso stellt die Ablehnung des Dritten bei dem zu seinen Gunsten geschlossenen Vertrage heraus, daß dieser für ihn noch gar keine Wirkung gehabt hat. Verfehlt ist ferner die Berufung auf den Willen der Contrahenten, als ob dieser omnipotent wäre und es bloß davon abhinge, ob A und B die unmittelbare Berechtigung des Dritten wollen oder nicht![3])

Verträge zu Gunsten Dritter in dem oben angegebenen Sinne sind daher grundsätzlich zu verwerfen.

Das positive Recht eröffnet einen ebenso practisch einfachen als theoretisch unanfechtbaren Weg, dem Verkehrsbedürfniß, das den Verträgen zu Gunsten Dritter zu Grunde liegt, abzuhelfen, nämlich dahin: daß das Forderungsrecht ausschließlich in der Person des Promissars entsteht und kraft gesetzlicher Cession als actio utilis auf den Dritten übergeht. In dieser Weise werden insbesondere die Fälle behandelt, in denen bei Zuwendungen dem Empfänger eine Verpflichtung zu Gunsten eines Dritten auferlegt wird z. B. bei Schenkung[4]), Dosbestellung[5]), ferner gewisse Fälle, in denen ein Stellvertreter, z. B. Vormund, Repräsentant einer juristischen Person, sich für den Vertretenen Etwas versprechen läßt[6]), sowie gewisse analoge Fälle, z. B. wenn Jemand die Sache eines Dritten deponirt und für diesen die Rückgabe ausbedingt[7]), oder der Pfandgläubiger beim Verkauf des Pfandes

---

[1]) Auf diesen Ausweg sind nichtsdestoweniger die Motive z. Entw. d. B. G. B. S. 273 zu § 415 verfallen.

[2]) S. oben S. 169.

[3]) So nach dem Entw. des B. G. B. §§ 412—413 und den Motiven S. 269, 270. Uebrigens entsteht daraus, daß alles auf die Parteiabsicht gestellt wird, eine Inconvenienz insofern als es unter Umständen zweifelhaft sein kann, ob Berechtigung des Dritten gewollt ist oder nicht, und der Dritte, wenn er Ersteres behauptet, es erforderlichenfalls beweisen muß.

[4]) l. 3 C. de don. q. sub modo 8, 55.

[5]) l. 7 C. de pact. com. 5, 14: licet pater his actionem quaerere non potuit, tamen utilis ex aequitate accomodabitur actio.

[6]) l. 5 § 9 D. pe pec. const. 13, 5 Ulp. utilitatis gratia puto dandam municipibus vel pupillo . . . . utilem actionem.

[7]) l. 8 C. ad exhib. 3, 42: intelligis, nullam te actionem stricto jure habere: utilis autem tibi propter aequitatis rationem dabitur depositi actio.

dem Verpfänder die Einlösung bezw. die Wiederauflösung des Kaufvertrags gegen Rückgabe des Kaufgeldes vorbehält.[1])

In den Quellen wird verschiedentlich hervorgehoben, daß der Dritte jure stricto nicht forderungsberechtigt, aber propter aequitatem oder utilitatis causa ihm die Klage utiliter zu gewähren sei.[2]) Der Dritte erlangt das Recht aus dem zu seinen Gunsten abgeschlossenen Vertrag und zwar sofort mit dem Vertragsschluß selbst, sofern nicht der Vertragsinhalt die Erstreckung des Rechts erst zu einem späteren Zeitpunkt mit sich bringt. Hierdurch wird dem practischen Bedürfniß in sicherer Weise und ohne alle Unzuträglichkeit genügt.

Ein turbirendes Moment wird dagegen eingemischt, wenn man nach einer zweiten, mehrfach vertretenen Constructionsweise in der Zusage der Leistung an den Dritten nicht bloß die Erklärung des Schuldnerwillens gegenüber dem Gegencontrahenten, sondern gleichzeitig und sogar vorzugsweise eine Offerte an den Dritten selbst finden will, die durch dessen nachträgliche Acceptation zu einem perfecten Vertrage zwischen dem Dritten und dem Promittenten führt, bis dahin aber durch die Parteien, sei es durch Aufhebung des Vertrages selbst, oder auch schon durch einseitigen Rücktritt des Promittenten wieder aufgehoben werden kann.[3])

Wenn das moderne Verkehrsleben erheischt, daß der Dritte aus dem zu seinen Gunsten geschlossenen Vertrage forderungsberechtigt und sogar unmittelbar forderungsberechtigt wird, und das ernstlich gemeint und nicht bloße Phrase sein soll, so kann mit einem so precären Rechtserwerb, wie er sich nach der Acceptationstheorie herausstellt, jenem Bedürfniß offenbar nicht gedient sein. Dasselbe gilt von der sog. Beitrittstheorie, insofern auch nach dieser der Rechtserwerb des Dritten davon abhängt, daß ihm von den Contrahenten der Beitritt angetragen wird und sie nicht inzwischen den Vertrag abgeändert oder aufgehoben haben.

Vollends fällt es ganz außerhalb des praktischen Bedürfnisses, wenn der Entwurf des bürgerl. G. B's. es im Allgemeinen von dem aus dem Inhalt des Vertrages zu entnehmenden Willen des Contrahenten abhängig gemacht wissen will, unter welchen Voraussetzungen und bis zu welchem Zeitpunkt das Versprechen geändert oder aufgehoben werden könne, und in dieser Beziehung den Parteien völlig freie Hand läßt, wenn aus dem Vertrage hervorgeht, der Dritte solle daraus ein Recht erst später erlangen oder das

---

[1]) l. 13 pr. D. de pign. act. 13, 7: in factum actione adversus emptorem.

[2]) Nicht hierher gehört der Fall, wo Jemand eine Sache zur Ueberbringung an einen Dritten übernimmt, da er hier einfach als negot. gestor belangt wird l. 6 § 2 D. de neg. g. 3, 5: negotiorum gest. actio adversus eum competit. Ebensowenig gehört hierher die Stipulatio für sich oder seine Erben l. un. C. ut act. ab her. 4, 11 Es handelt sich hier um ein freieres Princip hinsichtlich der Begründung der Obligationen cfr. Gaj. 3, 100, 117, und folgeweise den Uebergang des Rechts durch Universalsuccession.

[3]) Diese Construction vertritt Windscheid, P. § 197b.

Recht solle selbst als bedingtes oder betagtes erst später zur Entstehung kommen.[1])

Was kann dem modernen Verkehrsleben an einem pactum in favorem tertii gelegen sein, wenn daraus weder überhaupt noch unter einer Bedingung oder Befristung ein Recht hervorgeht.

Hinsichtlich der dem Promittenten gegen den Dritten zustehenden Einwendungen ist eine Einschränkung im Interesse des Verkehrs dahin geboten, daß nur solche Einwendungen zulässig sind, die durch den Vertragsschluß selbst gegeben sind[2]), z. B. Momente, welche die Gültigkeit und Rechtswirksamkeit des Vertrages beeinträchtigen, ferner die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, während die Compensation mit Gegenforderungen des Promittenten an den Promissar ausgeschlossen ist.

Die Ausschließung der Compensation versteht sich ohnehin bei dem Vertrage zu Gunsten eines Dritten kraft stillschweigender Vereinbarung der Parteien von selbst und ist deshalb auch schon nach geltendem Recht gegen die actio utilis unstatthaft.

Es ist nicht ersichtlich, inwiefern durch die Bestimmungen des Entwurfs §§ 412—416 das Verkehrsbedürfniß in besserem und reicherem Maße befriedigt werden soll, als nach dem bisherigen Recht der darin anerkannten Cessions- (Durchgangs-) Theorie.

§ 95. Sog. einseitiges Schuldversprechen (Votum, Pollicitation, Auslobung, Schuldverschreibung auf den Inhaber).

Als Ausnahmen von dem Grundsatz, daß bei Rechtsgeschäften unter Lebenden nur das acceptirte Versprechen ein Forderungsrecht begründet, werden im gemeinen Recht das Votum und die Pollicitation genannt. Obschon die Theorie hierin einmüthig ist, wird es bei den mancherlei Unklarheiten, welche diese beiden Rechtsgeschäfte bieten, immerhin noch erlaubt sein, zu untersuchen, ob es sich hierbei um wirkliche Ausnahmen von jenem Grundsatz handelt, und eventuell, welche Bewandtniß es überhaupt mit der rechtlichen Natur jener Geschäfte hat.

1. Das Votum (Gelübbde) ist auf dem Gebiete des Sacralrechts erwachsen. Es war ursprünglich ein Sacralgeschäft obligatorischen Charakters, wie die Dedicatio ein Sacralgeschäft dinglichen Charakters.[3]) Beide wurden unmittelbar der Gottheit gegenüber eingegangen und enthielten eine Widmung bezw. Zusage für den Fall der Erfüllung eines Wunsches (dare dedicareve oder vovere rem).

---

[1]) Motive II z. B. G. B. S. 271 zu § 415.

[2]) Die Fassung des § 416 d. Entw. d. B. G. B.: „Einwendungen aus dem Vertrage stehen dem Versprechenden auch gegenüber dem Dritten zu, wenn nicht ein Anderes aus dem Inhalt des Vertrages erhellt" drückt den in den Motiven S. 273 entwickelten Gedanken nicht präcise genug aus.

[3]) cfr. die lex arae Jovis Salonitanae a. 137 bei Bruns, fontes p. 245 (ed. 5) und Valerius Maximus I § 8, dazu l. 2 pr. D. de pollic. 50, 12.

Die Gottheit bezw. ihr Tempelschatz waren die Berechtigten aus diesen Geschäften. Die Geltendmachung ihrer Rechte stand unter der Fürsorge des Collegium der Pontifices[1]), und erfolgte im Verwaltungswege.

Es handelte sich somit bei dem Votum nicht um Entstehung eines civilen Forderungsrechts, sondern um eine publicistische, sacralrechtliche Obligation. Die Erzwingung derselben geschieht im öffentlichen Interesse, um den Zorn der Götter (ira deorum), der durch die freventliche Nichterfüllung des Gelübdes heraufbeschworen werden könnte, abzuwenden. An Stelle der Sacertät für den Bruch des Gelübdes tritt obrigkeitlicher Zwang zur Erfüllung gegen den voti reus.[2]) Seine Verpflichtung ist eine Obligatio ex lege geworden.

In ähnlicher Weise ist das Gelübde nach canonischem und heutigem Recht zu construiren. Das Forderungsrecht, das aus dem Versprechen zu einem frommen Zweck für die betreffende Anstalt hervorgeht, beruht auf gesetzlicher, dasselbe an den Thatbestand des Versprechens anknüpfender Vorschrift.

Ebenso verhält es sich mit dem Versprechen zum gemeinen Besten: Pollicitatio rei publicae causa. Dasselbe setzt einen triftigen Grund voraus (z. B. propter honorem decretum vel decernendum). Der Mangel des Grundes wird durch den Beginn der Ausführung des Versprochenen (coeptum opus) ersetzt.

Die Verpflichtung ist keine eigentliche Obligation, sondern wird als quasi debitum, als aeris alieni loco bezeichnet.[3]) Daß die Verpflichtung keine streng privatrechtliche ist, ergiebt sich auch daraus, daß der Pollicant und dessen Erben nur bei einer pollicitatio ob honorem für die vollständige Erfüllung (in solidum), dagegen bei einem opus coeptum mit Aufopferung von $^1/_5$ des Vermögens bezw. der Erbschaft, Kinder als Erben sogar mit $^1/_{10}$ der Erbschaft von der Vollendung sich freimachen können. Zinsen brauchen nur im Falle des Verzuges entrichtet zu werden.

Votum und Pollicitatio sind sonach aus der Reihe der Begründungsarten rein privatrechtlicher Schuldverhältnisse auszuscheiden. Es resultiren aus ihnen nur Verpflichtungen publicistischen Charakters kraft Rechtsvorschrift.

Sie können daher auch nicht für das moderne Recht die Grundlage zu einer Theorie einseitigen Schuldversprechens abgeben.

Die Auslobung[4]) bildet richtiger Ansicht nach nicht ein einseitiges

---

[1]) Dies hatte auch über die Zulässigkeit des Votum und die zulässige Art der Ausführung desselben entschieden, Valer. Maxim. l. c.

[2]) Danz, Sacraler Schutz, S. 228 flgd.

[3]) l. 3 pr. l. 6 pr. D. de poll. 50, 12. Die Erzwingung der Erfüllung gehört zwar zur Cognition der ordentlichen Gerichte, das Verfahren hat aber einen administrativen Charakter: cognoscent et si opus perfici ab eo debere constituerint, obedire eum reipublicae ob hanc causam jubebunt aut prohibebunt distrahi fundum, quem in territorio Gabiniorum habet (Paulus lib 1 de offic. proc.).

[4]) Auslobungen, promissiones populares waren dem röm. Verkehr bereits sehr geläufig, wie die verhältnißmäßig zahlreichen Beispiele bei Bruns, fontes cap. 8 p. 273—274 (ed. 5) beweisen. Demgegenüber fällt es schwer, den Gedanken an die Klagbarkeit derselben ferner abzuwehren.

Rechtsgeschäft, sondern ist die öffentliche Zusage einer Leistung an eine unbestimmte Person für den Fall, daß diese eine gewisse, vorgeschriebene Thätigkeit entfaltet. Dadurch, daß Jemand sich zu der verlangten Thätigkeit herbeiläßt, acceptirt er das Versprechen und erlangt durch die Vollbringung ein Forderungsrecht auf die zugesagte Leistung. Bis zur bindend erfolgten Annahme des Versprechens steht dem Promittenten der Widerruf frei.

Hat das einseitige Versprechen als Verpflichtungsgrund im modernen Recht keine Realität, so ist es auch bedenklich, dasselbe zur Construction des Rechtsverhältnisses aus Inhaber- und Ordrepapieren zu verwenden.[1]) Der in dem Inhaberpapier niedergelegte Schuldnerwille hat nicht für sich, sondern nur in Zusammenhang mit dem zu Grunde liegenden materiellen Rechtsverhältniß verpflichtende Kraft.

Sehr häufig bringt daher das Schuldpapier auch die materielle causa debendi zum Ausdruck und ist sowohl dem Aussteller als dem Inhaber und Gläubiger die Berufung auf das materielle Schuldverhältniß gestattet, jenem zum Behuf von Einwendungen daraus[2]), diesem zur Darlegung des Inhaltes und Umfanges, sowie etwaiger streitig gewordener Modalitäten seines Forderungsrechts.

In dem Schuldpapier kommt nur die eine praktische Seite des zu Grunde liegenden Schuldverhältnisses: die Leistungs- und Zahlungspflicht zum besonderen Ausdruck. Die darin verbriefte Leistungs- und Zahlungspflicht ist nicht eine neue, durch die Ausstellung des Papiers geschaffene, von dem materiellen Schuldverhältniß losgelöste, sondern eben die aus letzterem entspringende: das fixirte praktische Resultat desselben.

Wie bereits dargethan (oben S. 148), kann nach heutigem Recht die Schuldforderung durch den constituirenden Willen nicht blos auf die Person eines bestimmten Gläubigers, sondern auch auf jeden Inhaber (Präsentanten) des Schuldpapiers gestellt werden. Jeder Inhaber ist demgemäß Gläubiger aus eigenem Recht kraft der Expansion der Subjectsbeziehung durch den Inhalt der Schuldverschreibung; er ist hinsichtlich seiner Gläubigerrechte nicht Successor seiner Vorgänger. In dieser Hinsicht ist es gleichgültig, ob man von der Creationstheorie oder Vertragstheorie ausgeht, da auch durch Vertrag die Expansion der Subjectsbeziehung bewirkt werden kann. Anders Windscheid, P. § 309 Note 10.

Die Ansicht, daß der erste Nehmer der eigentliche und ursprüngliche Gläubiger und in seiner Person die Obligation überhaupt erst perfect geworden sei, ist unhaltbar.

---

[1]) Wie dies der Entw. d. B. G. B. § 685 that. Vgl. Motive II S. 695.

[2]) Entw. § 689.

5. Kapitel: Aufhebung der Schuldverhältnisse.

Die Schuldverhältnisse erlöschen:

I. Durch Erledigung ihres Inhalts: Erfüllung und Erfüllungssurrogate; Geben an Erfüllungsstatt, öffentliche Hinterlegung, Compensation.

II. Durch Wegfall ihrer subjectiven oder objectiven Voraussetzungen: Tod des Gläubigers oder Schuldners, Confusion,

Unmöglichkeit der Leistung,

Zusammentreffen zweier lucrativer Erwerbsgründe (concursus duarum causarum lucrativarum).

III. Durch ein aufhebendes Rechtsgeschäft. Im römischen Recht: Acceptilation, Novation, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (restitutio in integrum); im heutigen Recht: Erlaß, Vergleich.

IV. Durch aufhebenden Rechtssatz: Verjährung, Verwirkung.

§ 96. Erfüllung (Zahlung, Solutio).

Der Inhalt der Obligation wird erledigt durch Erfüllung, d. i. durch Leistung dessen, worauf sie gerichtet ist.

Die Erfüllung kann geschehen

an den Gläubiger, seine Dispositionsfähigkeit vorausgesetzt,

an die etwa ernannte Empfangsperson (solutionis c. adjectus),

an einen Vertreter des Gläubigers: seinem Bevollmächtigten, Vormund, überhaupt Jedem mit vorangegangener oder nachfolgender Zustimmung des Gläubigers,

aus dem Rechte des Gläubigers ferner an Denjenigen, dem die Forderung zum Pfande oder Nießbrauch oder z. B. durch richterliche Verfügung zur eigenen Einziehung überwiesen ist,

endlich im Interesse der Rechtssicherheit an Denjenigen, der früher zur Annahme der Erfüllung befugt war, wenn der Erfüllende ohne seine Schuld von dem Erlöschen jener Befugniß keine Kenntniß hat.

Die Erfüllung kann erfolgen:

durch den Schuldner, aber auch durch jeden Dritten, selbst wider Wissen und Willen des Schuldners,

ferner im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch Sichbezahltmachen aus dem Pfande.

Gegenstand der Erfüllung ist das, worauf der Gläubiger forderungsberechtigt ist. Aliud pro alio invito creditori solvi non potest.[1]) Bei der Verpflichtung zur Eigenthumsübertragung muß wirkliches, unbeschränktes und unwiderrufliches Eigenthum verschafft werden. Doch genügt es, wenn der anfängliche Mangel später z. B. durch Ersitzung, Vermischung oder bei Fungibilien durch gutgläubige Consumption gehoben wird.

Daß der Gläubiger, falls ihm nicht gehörig geleistet ist, außer zu dem Verlangen vollständiger Erfüllung bezw. bei generischen Obligationen der Hergabe einer anderen species auch zur Forderung seines Interesse daran, daß ihm an dem Hingegebenen Eigenthum verschafft worden wäre, berechtigt ist, muß nach richtiger Ansicht[2]) verneint werden, da die Hingabe liberandi causa, nicht aber im Sinne der Uebernahme einer Gewährspflicht geschieht. Dies schließt jedoch nicht aus, daß der Inhalt der obligatio dandi unter Umständen die Uebernahme der Evictionsleistung mit sich bringt. Dann ist aber der Grund der Garantiepflicht nicht die bei der Hingabe abgegebene Erklärung des Schuldners: der Gläubiger solle Eigenthümer werden, oder die Supposition: nur „diejenige Tradition sei eine rechte, bei der die Evictionsverbindlichkeit freiwillig übernommen war" (Windscheid, P. § 342, Note 6), sondern lediglich der concrete Obligationsinhalt, so daß unter Umständen schon die bloße Tradition ohne Evictionsversprechen Befreiung wirkt.[3])

Ferner ist nicht ausgeschlossen, daß der Schuldner, wenn er schuldhafter Weise die fremde Sache statt einer eigenen gegeben, dem Gläubiger für das Interesse non decipi haftet.

Theilleistungen braucht der Gläubiger der Regel nach nicht annehmen.

Bei Concurrenz mehrerer Forderungen mit gleichartigem Gegenstand kann es fraglich werden, wenn die Leistung nicht zur Erfüllung sämmtlicher Forderungen ausreicht, auf welche derselben sie anzurechnen ist.

In erster Linie entscheidet hierüber die vom Schuldner bei der Leistung getroffene Bestimmung. In Ermangelung einer solchen und selbstverständlich sofern nicht sofort etwa auf Anregung des Gläubigers eine stillschweigende Vereinbarung mit dem Schuldner zu Stande kommt,

hat der Gläubiger unmittelbar nach dem Empfange nach dem wohlverstandenen Interesse des Schuldners und der Billigkeit gemäß die Bestimmung zu treffen, d. h. dahin, daß die Leistung auf die am meisten

---

[1]) l. 2 § 1 D. de reb. cred. 12, 1.

[2]) Arndts, Arch. f. c. Pr. 50 V. 154.

[3]) Mit Bezug auf die Stipulation: fundum sibi aut Titio dari behandelt l. 131 § 1 D. de V. O. 43, 1 einen solchen Fall: sed si donatonis causa Titium interposuit, dicetur, traditione protinus reum liberari. Ebenso wird die Verpflichtung zum Evictionsversprechen unverkennbar aus dem Obligationsinhalt abgeleitet in l. 16 D. de c. c. d. c. n. s. 12, 4. l. 27 D. de sol. 46, 3. l. 45, § 1 D. de leg. 1 (30): heres generaliter dare damnatus, sanum eum esse promittere non debet: sed furtis et noxiis solutum esse promittere debebit, quia ita dare debet, ut eum habere liceat.

drückende Schuld angerechnet wird, da präsumtiv auch der Schuldner diese Art der Anrechnung vorgezogen hätte.

Trifft der Gläubiger eine Bestimmung nicht oder doch nicht unmittelbar nach dem Empfang, so geschieht nach gesetzlicher Regel die Anrechnung auf die Zinsen vor dem Kapital bezw. den Kapitalien, alsdann auf die fälligen Forderungen vor den nicht fälligen, bei gleicher Fälligkeit auf die drückendere, eventuell auf die ältere Schuld.

Entscheidet keins dieser Momente, so erfolgt verhältnißmäßige Verrechnung auf sämmtliche Forderungen.

Freier ist der Gläubiger gestellt, wenn er sich aus dem Pfande bezahlt macht.

Quittungen

beweisen nach röm. Recht erst nach Ablauf von 30 Tagen, nach welcher Frist selbst Gegenbeweis ausgeschlossen ist.

Auf Quittungen über öffentliche Abgaben hat dies keine Anwendung. Antiquirt ist die Vorschrift, daß der Zeugenbeweis über die Bezahlung verbriefter Schulden nur durch Aussage fünf bei der Bezahlung oder Quittungsertheilung gegenwärtig gewesener Zeugen geführt werden kann.

Nach erhaltener Zahlung ist der Gläubiger zur Aushändigung des Schuldinstruments und Ertheilung einer Quittung verpflichtet.

§ 97. Geben an Erfüllungsstatt (datio in solutum).

Dem Gläubiger kann mit seiner Zustimmung statt des obligationsmäßigen Gegenstandes ein anderer Gegenstand behufs Tilgung der Obligation gegeben werden.

Betreffs der Wirkung dieses Geschäfts, besonders im Fall der Eviction des hingegebenen Gegenstands macht sich in den Quellen eine zwiefache Auffassung geltend.

Nach der einen erscheint, falls die gegebene Sache ganz oder theilweise evincirt ist, die Schuld als nicht getilgt, so daß der Gläubiger sein altes Forderungsrecht behält: manet pristina obligatio. Dasselbe gilt, wenn die hingegebene Sache nicht den zugesagten Geldwerth oder die vorbedungenen Eigenschaften hat, oder gar extra commercium ist.

Nach der anderen Auffassung wird das Geschäft nach Analogie des Kaufes behandelt und dem Gläubiger im Fall der Eviction eine utilis actio emti auf das Evictionsinteresse gegeben. Die Analogie des Kaufes liegt sehr nahe, wenn die Sache in Anrechnung auf eine Geldschuld übernommen wird.

Allein sowohl bei Geldschulden, als bei sonstigen Schulden eröffnet sich noch ein anderer Gesichtspunkt, der dem specifischen Wesen der datio in solutum gerecht wird. Letztere ist dahin auseinanderzulegen: der Gläubiger erhält zunächst den obligationsmäßigen Gegenstand und giebt ihn dann zurück, um dafür einen anderen Gegenstand zu erhalten. Dies ist für ihn nicht unbedenklich, da durch die einmal erfolgte oder als erfolgt anzusehende

Leistung des obligationsmäßigen Gegenstands sein Forderungsrecht ipso jure erlischt und er nunmehr lediglich auf die an Erfüllungsstatt gegebene Sache angewiesen ist. Er sucht sich daher zu sichern, indem er für den Fall der Eviction oder der Fehlerhaftigkeit und vertragswidrigen Beschaffenheit der Sache sich sein Forderungsrecht vorbehält. Es kommt also im concreten Fall auf die besondere Intention der Parteien an. Ist eine solche nicht erkennbar, so ist es ganz gerechtfertigt, dem Gläubiger in den gegebenen Fällen die Wahl zu verstatten, ob er sein früheres Forderungsrecht oder die Forderung als Interesse geltend machen will.

Nach Nov. 4 c. 3 (auth. hoc nisi C. de sol. 8, 43) ist der Gläubiger genöthigt, wenn der Schuldner nicht das schuldige Geld aufzubringen vermag, dessen Immobilien, unter denen er die Auswahl hat, zum Taxwerth anzunehmen.[1])

Das sog. beneficium dationis in solutum ist heutzutage fast ohne alle praktische Bedeutung.

§ 98. Oeffentliche Hinterlegung.*)

Der Schuldner ist im Falle des Annahmeverzuges oder eines sonstigen Hindernisses der Erfüllung in der Person des Gläubigers, z. B. Abwesenheit, Dispositionsunfähigkeit oder Ungewißheit, befugt, den Schuldgegenstand öffentlich zu hinterlegen mit der Wirkung, daß er dadurch Befreiung erlangt.

Bei den Römern war außerdem Obsignation des in gehöriger Weise und Beschaffenheit angebotenen Gegenstandes gebräuchlich.

Praktische Bedeutung hat die Deposition nur bei beweglichen Sachen. Bei unbeweglichen Gegenständen bedarf es eines anderen Auskunftsmittels: der Uebergabe zur gerichtlichen Aufsicht und Verwahrung, Sequestration.[2])

*) Ulrich, Deposition und Dereliction Behufs Befreiung des Schuldners, Zürich 1877.

Czyhlarz, die gerichtliche Hinterlegung der Schuld, in Grünhut's Zeitschr. 1879, S. 657 flgd.

Kühne, Ungewißheit des Gläubigers als Grund der Hinterlegung, in Ihering's Jahrb. 17. Jess, ebenda.

Gruchot, Lehre von der Zahlung der Geldschuld, 1871.

Ferner die Aufsätze von Dr. Bornemann in der Preuß. Gerichtszeitung 1859 Nr. 37—39, von Assig, Preuß. Gerichtszeitung 1863, 39, 47, Roloff, Preuß. Anwaltszeitung 1864 S. 297 flgd.

§ 99. Compensation

ist die Aufrechnung einer Schuld durch eine Gegenforderung (compensatio est debiti et crediti inter se contributio). Die Aufrechnung setzt eine darauf gerichtete Erklärung der einen oder anderen Partei voraus und bewirkt, daß beide Forderungen, soweit ihre Beträge sich decken, ipso jure

---

[1]) Erweitert ist dies Recht für Kirchen und milde Stiftungen kraft utr. 120 c. 6 § 2 (Auth. Hoc jus porrectum C. de ss. eccl. 1, 2.

[2]) vgl. § 234 I 16, 6, L. R.

erlöschen und zwar als erloschen erachtet werden schon von dem Zeitpunkt ihrer Coexistenz ab.[1])

Die Aufrechnung, d. i. die durchgeführte Compensation, hat die Bedeutung einer wechselseitigen Begleichung, Bezahlung der beiden Forderungen (mutua solutio). Diese heben sich daher, nachdem einmal Aufrechnung verlangt worden, ipso jure auf, ohne daß es einer weiteren Parteierklärung oder gar eines richterlichen Ausspruchs bedürfte.

Von der Compensation selbst ist das Compensationsrecht, d. i. das Recht zur Compensation zu unterscheiden. Dieses ist schon mit der Coexistenz der beiden Forderungen gegeben. Das bloße Compensationsrecht, d. i. die bloße Coexistenz der beiden Forderungen bewirkt noch nicht deren Erlöschen, vielmehr bleiben beide, ohne daß sie sich gegenseitig afficiren, nebeneinander bestehen, so lange von keiner Partei Compensation begehrt wird. Mit dem Bestehen der einen Forderung ist nur ein Grund zum Erlöschen der anderen gegeben. Ebendeshalb wird nach einem in den Quellen auch anderweit begegnenden Axiom, wenn es demnächst thatsächlich zur Aufrechnung kommt, der Erlöschungseffect auf den Zeitpunkt zurückverlegt, wo bereits der Grund dazu gegeben war, nämlich auf den Zeitpunkt der Coexistenz beider Forderungen. Auf diese Weise erklärt sich sehr einfach die rückwirkende Kraft der Compensation.[2])

Es ist Streit darüber, ob die Compensationseinrede eine wahre exceptio ist oder nicht. Es kommt hierbei vor Allem auf den Sinn an, in welchem hier von Compensationseinrede gesprochen wird, insbesondere ob man darunter lediglich eine Berufung auf das Compensationsrecht oder die Ausübung des Compensationsrechts selbst, d. i. die Erklärung, daß man Aufrechnung verlange und die Forderung zur Compensation stelle, verstanden wissen will. Es leuchtet ein, daß im letzteren Falle es sich um eine Verfügung über das zum Zweck der Compensation zu Gebote stehende Forderungsrecht, also um einen Solutionsact handelt, der die Gegenforderung ipso jure aufhebt und nicht als exceptio gelten kann. Im ersteren Fall aber würde die vermeintliche Compensationseinrede lediglich den Hinweis enthalten, daß man ebenfalls ein Forderungsrecht habe und in der Lage sei zu compensiren, ein Hinweis ohne praktische Bedeutung und ohne die Kraft, die Klageforderung auszuschließen, also nur der äußere Schein einer Exception!

Die bloße Vorschützung der Gegenforderung ist keine exceptio, die Berufung auf Compensation, d. i. darauf, daß eine solche geschehen sei oder geschehen solle, ein Bestreiten, bezw. eine unmittelbar ipso jure erfolgende

---

[1]) l. 4 C. de comp. 4, 31: Si constat pecuniam invicem deberi, ipso jure pro soluto compensationem (compensatione eam) haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concurrentes quantitates ejusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur, si modo petitio earum subsistit.

[2]) Davon, daß das ipso jure compensari überhaupt auf eine Fiction zurückgeführt werde, kann hier keine Rede sein und es ist deshalb hinfällig, was z. B. Vangerow, P. § 618 III, 3 und Dernburg, P. § 62 Note 12 gegen die noch heut von der herrschenden Meinung vertretene Lehre des Azo vorbringen.

Vernichtung oder Minderung des Klageanspruchs, also keine Elidirung oder Minderung ope exceptionis.[1])

Eine fernere Frage ist es, welche Bewandtniß es mit der mehrfach in den Quellen, insbesondere auch in Aussprüchen des vorjustinianischen Rechts erwähnten Regel: ipso jure compensatur hat. Bei dem hierüber geführten lebhaften Streit hat man übersehen, daß jene Ausdrucksweise in einem zwiefachen, ganz verschiedenen Sinne genommen wird.

Im Sinne Justinian's[2]) bedeutet sie, daß die Compensation fortan unabhängig von dem richterlichen Ermessen und besonderen Umständen und Verhältnissen ipso jure d. i. kraft allgemeiner Rechtsregel lediglich nach Maßgabe seiner Constitution statthaft sein soll.

Im Sinne der classischen Juristen und der vorjustinianischen Constitutionen aber bedeutet sie, daß durch die Aufrechnung ipso jure Befreiung von den beiderseitigen Forderungen bezw. Schuldminderung eintreten soll.[3])

Die Compensation setzt voraus,

daß die Gegenforderung (gleichviel übrigens ob klagbare oder naturale) fällig und gleichartig, d. h. auf ein gleichartiges Object gerichtet, nicht aber nothwendig, daß sie auch liquide ist.

Man kann ferner nur compensiren:

a) mit einer eigenen Forderung, der Bürge jedoch mit der Forderung des Hauptschuldners, und ein Correalschuldner mit der Forderung seines Mitschuldners, wenn beide Socien sind,

b) mit einer Forderung an den Gläubiger, jedoch gegenüber dem Cessionar auch mit Forderungen an den Cedenten aus der Zeit vor der Denuntiation, sofern sie nicht später fällig geworden sind, als die cedirte Forderung.

Ausgeschlossen ist die Compensation

gegen die Forderung aus dem Depositum gegen Ansprüche wegen widerrechtlicher Wegnahme fremder Sachen, gegen Forderungen des Fiscus oder der Stadtgemeinden wegen öffentlicher Abgaben und Leistungen, gegen Kaufgeldforderungen des Fiscus, gegen Forderungen der Stadtgemeinden aus Darlehen, Vermächtniß, und auf Leistungen zu vorbestimmten öffentlichen

---

[1]) A. M. Dernburg, Compensation § 29, Vangerow III S. 380—383. Windscheid, P. § 349, welche in der Compensation eine Aufhebung des Forderungsrechts durch Einrede finden.

[2]) l. 14 C. de comp. 4, 31: compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalitus actionibus inter se observanda. § 30 J. de act. 4, 6.

[3]) l. 10 D. de comp. 16, 2: compensationem factam videri et ipso jure invicem liberationem (Ulp.) l. 21 D. eod: Placuit inter omnes, id, quod invicem debetur, ipso jure compensari . . . . ab initio minus petitur (Paulus) l. 4 D. eod.: verum est, quod et Neratio placebat et Pomponius ait, ipso jure eo minus fidejussorem debere, quod ex compensatione reus retinere potest (Paulus).

cst. 4 C. cit Alexander A. Luciano (oben S. 476 Note 1).

Zwecken, endlich der Natur der Sache nach auch gegenüber Alimentenforderungen.

Ueberdies kann die Zulässigkeit der Compensation vertragsmäßig ebensowohl ausgeschlossen, als festgesetzt werden.

Man unterscheidet ferner compensatio voluntaria und necessaria. Bei ersterer vollzieht sich die Aufrechnung durch Vertrag, d. i. durch wechselseitiges Annehmen der Schuld als Zahlung, Compensationsvertrag. Bei letzterer vollzieht sich die Aufrechnung kraft rechtlicher Nothwendigkeit auf Verlangen des einen oder anderen Theils, sei es als Gläubiger (Kläger) oder Schuldner (Beklagter). Verlangt der Gläubiger (Kläger) Compensation, so braucht er auf seine Forderung keine anderweite Erfüllung annehmen.

Das Compensationsrecht ist zwar rechtlich verschieden vom Retentionsrecht, äußert aber einen dem letzteren ähnlichen Effect insofern, als der Schuldner den durch das erstere gedeckten Betrag seiner Schuld nicht herauszahlen braucht, sondern zurückbehalten darf: ex compensatione retinere l 4 D. de comp. 16, 2.

Compensation im Concurse.

Die Befugniß zur Compensation im Concurse hat erst im neueren Recht die gebührende Berücksichtigung gefunden. Die Bestimmungen der Reichsconcursordnung beruhen auf dem Gedanken, daß das einmal begründete Compensationsrecht, ähnlich wie das Retentions- und Pfandrecht, für den Gläubiger einen Anspruch auf Deckung enthalte und diesen Charakter im Concurse behalten müsse, auch wenn bis dahin die Compensation noch nicht thatsächlich ausgeübt sein sollte. Die gemeinrechtliche Streitfrage, ob der compensationsberechtigte Gläubiger seine Forderung im Concurse anmelden müsse, ist im negativen Sinne entschieden worden.

Soweit ein Gläubiger zur Aufrechnung befugt ist, braucht er seine Forderung im Concursverfahren nicht geltend zu machen (§ 46, C.-O.).

Die Aufrechnung wird[1]) nicht dadurch ausgeschlossen, daß zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens die aufzurechnenden Forderungen oder die eine von ihnen noch betagt oder noch bedingt war, oder die Forderung des Gläubigers nicht auf einen Geldbetrag gerichtet war.

Eine betagte Forderung des Gläubigers ist zum Zwecke der Aufrechnung nach der Vorschrift des § 58 zu berechnen.

Zum Zwecke der Aufrechnung einer aufschiebend bedingten Forderung bei dem Eintritte der Bedingung kann der Gläubiger Sicherstellung insoweit verlangen, als die Forderung der von ihm einzuzahlenden Schuld gleichkommt.

Eine nicht auf Geld gerichtete Forderung des Gläubigers ist zum Zwecke der Aufrechnung nach den Vorschriften der §§ 62, 63 zu berechnen (§ 47).

---

[1]) wie z. Theil schon nach röm. R. Gaj. 4 § 67: item vocatur in deductionem et id quod in diem debetur.

Eine Aufrechnung im Concursverfahren ist unzulässig:

1. wenn Jemand vor oder nach der Eröffnung des Verfahrens eine Forderung an den Gemeinschuldner erworben hat und nach der Eröffnung etwas zur Masse schuldig geworden ist;

2. wenn Jemand dem Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Verfahrens etwas schuldig war und nach derselben eine Forderung an den Gemeinschuldner erworben hat, auch wenn diese Forderung vor der Eröffnung für einen anderen Gläubiger entstanden war;

3. wenn Jemand vor der Eröffnung des Verfahrens dem Gemeinschuldner etwas schuldig war und eine Forderung an den Gemeinschuldner durch ein Rechtsgeschäft mit demselben oder durch Rechtsabtretung oder Befriedigung eines Gläubigers erworben hat, falls ihm zur Zeit des Erwerbes bekannt war, daß der Gemeinschuldner seine Zahlungen eingestellt hatte, oder daß die Eröffnung des Verfahrens beantragt war. Die Vorschrift des § 26 findet entsprechende Anwendung.

Die Aufrechnung ist zulässig, wenn der Erwerber zur Uebernahme der Forderung oder zur Befriedigung des Gläubigers verpflichtet war und zu der Zeit, als er die Verpflichtung einging, weder von der Zahlungseinstellung, noch von dem Eröffnungsantrage Kenntniß hatte (§ 48).

Die Bestimmung des § 42 [1]) findet entsprechende Anwendung auf den Fall, daß ein im Auslande wohnender Schuldner nach dem Rechte des Auslandes eine nach § 48 unzulässige Aufrechnung mit der ihm abgetretenen Concursforderung vornimmt (§ 49).

In der französischen Gesetzgebung wird die Compensation im Concurse nur beiläufig erwähnt.[2]) Die Theorie wendet auf die Frage, inwieweit der Schuldner des Cridars im Concurse compensiren kann, die Regel des Art. 1298 über die Cession an, unter dem Gesichtspunkt, daß durch die Concurseröffnung die Gläubigerschaft an die Stelle des Cridars getreten ist. Art. 1298 aber geht dahin: die Compensation hat zum Nachtheile der wohlerworbenen Rechte eines Dritten nicht statt. Derjenige also, der Schuldner war, und erst nach dem von einem Dritten in seine Hände angelegten Arreste Gläubiger wurde, kann zum Nachtheil dessen, der den Arrest angelegt hat, die Compensation nicht entgegensetzen. Dabei greift die Auffassung Platz, daß, weil die Aufhebung von Forderung und Gegenforderung erst durch die Thätigkeit der Aufrechnung bewirkt werde, die Aufrechnung, wenn sie auch vor der Concurs=

---

[1]) § 42. Wer nach der Eröffnung des Concursverfahrens oder mit Kenntniß des Eröffnungsantrages oder der Zahlungseinstellung eine Concursforderung dem im Auslande wohnenden Inhaber eines zur Concursmasse gehörigen Gegenstandes oder in der Absicht, daß dieser die Forderung erwerbe, einer Mittelsperson abtritt, ist verpflichtet, zur Concursmasse den Betrag zu ersetzen, welcher derselben dadurch entgeht, daß der Inhaber für die Forderung nach dem Rechte des Auslandes entgegen den Bestimmungen dieses Gesetzes ein Absonderungsrecht an dem Gegenstande ausübt. Die Vorschrift des § 26 findet entsprechende Anwendung.

[2]) art. 446 des Fallimentsgesetzes v. 1838 erklärt Compensationen für nichtig, wenn die Passivforderung in den letzten zehn Tagen vor der Zahlungseinstellung fällig wurde.

eröffnung hätte erfolgen können, nach derselben nicht mehr ausgeübt werden könne.[1]) — Die österreichische C. O. § 21 schließt die Compensation mit einer erst nach der Concurseröffnung entstandenen oder von einem Dritten erworbenen Gegenforderung aus (vgl. im Uebrigen § 1438 fgd. des bürgerl. G. B. und § 20 C. O.).

§ 100. Wegfall der Voraussetzungen.

Durch Tod des Gläubigers oder Schuldners geht die Obligation nur dann unter, wenn sie an die Person gebunden war. So, wenn das Schuldverhältniß entweder ausdrücklich auf die Lebenszeit beschränkt[2]) oder nur mit Rücksicht auf die Person des Betreffenden eingegangen war, wie z. B. bei Mandat und Societät, ferner, wo der Gegenstand der Verpflichtung durch die Person sei es des Gläubigers, sei es des Schuldners individualisirt wird, so daß die Leistung an eine andere oder durch eine andere Person das Wesen der schuldigen Leistung ändert[3]),

oder wo die Obligation ihrem Zweck und Charakter nach nur auf den Gläubiger für seine Person berechnet ist, z. B. bei den sog. actiones vindictam spirantes[4]), oder nur die Person des Schuldners treffen soll, wie bei den Strafobligationen, es wäre denn, daß es bereits zur Litiscontestation gekommen wäre, da mit dieser jene Obligationen den Charakter contraktlicher Vermögensansprüche annehmen.

Eine Beschränkung der Verpflichtung in Folge Todes des Schuldners tritt ein bei Deliktsobligationen auf Schadensersatz, insofern die Erben nach röm. R. nur soweit die Erbschaft durch das Delict bereichert ist, nach heutigem Recht nur auf den Belauf der Erbschaft haften.

Die Obligation erlischt endlich mit dem Aufhören der begriffsmäßig geforderten Getrenntheit des Activ- und Passivsubjects, im Falle der Confusion, d. i. Zusammentreffens von Recht und Verbindlichkeit in einer Person[5]), so in Folge Erbgangs, nach heutigem Recht auch in Folge der Cession.

Untergang und Unmöglichkeit des Gegenstandes heben die Obligation auf, sofern sie ohne Verschulden des Verpflichteten eingetreten sind. Die einmal durch Leistungsunmöglichkeit erloschene Obligation lebt nicht wieder auf, wenn auch nachträglich die Unmöglichkeit gehoben wird. Hierbei ist jedoch zwischen dem wirklichen Erlöschen und einem bloßen Cessiren in Folge zeitweiliger Hindernisse zu unterscheiden.[6])

---

[1]) Vergl. in Sirey, 42 I 80, Dalloz 24 p. 105 Note 1 die Deductionen des Appellhofes.

[2]) z. B. id, quod in dies, menses annosve singulos alicui, quoad vivat, debetur l. 32 pr. D. ad l. Falc. 35, 2 l. 50 § 4 D. de V. O. 45, 1.

[3]) z. B. operae officiales, cum proprietas eorum et in edentis persona et in ejus, cui eduntur consistit. l. 9 D. de op. lib. 38, 1. cfr. l. 31 D. de sol. 46, 3.

[4]) Bei Ehescheidungsstrafen sowie Schmerzensgeld ist die pecuniäre Seite überwiegend und sind diese Ansprüche richtiger Ansicht nach nicht zu den bloßen vindictam spir. zu rechnen.

[5]) Ueber den Solutionseffect der confusio s. oben S. 75.

[6]) l. 98 § 8 D. de sol. 46, 3. l. 98 cit.: ut videatur magis obligatio cessare, quam exstincta esse.

Auf Unmöglichkeit der Leistung beruht auch die Befreiung in Folge des Zusammentreffens zweier lucrativer Erwerbsgründe[1]), weil quotiens id, quod tibi debeam, ad te pervenit, et tibi nihil abest, nec quod solutum est, repeti possit, competit liberatio l. 61 D. de sol. 46, 3.

Hat der Gläubiger ex causa lucrativa erhalten, was er überdies aus einem onerosen Geschäft zu fordern hatte, so wird letzteres hinfällig und kann der Gläubiger das etwa von ihm daraufhin bereits Geleistete, z. B. den angezahlten Kaufpreis, zurückfordern und zwar mittelst der Contractsklage (actio ex empto), welche hier die condictio sine causa vertritt.[2])

Erwirbt Jemand durch ein lästiges Geschäft, was er aus lucrativem Grunde zu fordern hat, so kann er von dem aus letzterem Grunde Verpflichteten Ersatz bis zur Höhe der von ihm gemachten Aufwendungen (quantum ei abest) verlangen. Dies gilt sowohl bei letztwilligen Zuwendungen, als bei Zuwendungen unter Lebenden[3]), offenbar weil man der Regel der C. 61 cit. allgemeine Geltung beilegte.[4])

§ 101. Erlaßvertrag.

Durch Erlaß, d. h. vom Schuldner acceptirten, schlechthinnigen Erlaß, erlischt die Schuld vollständig. Bei mehren Schuldnern kann der Erlaß auf einen derselben beschränkt werden.

Die Stundung, pactum de non petendo intra certum tempus, ist kein Erlaß, sondern nur ein Aufschub der Geltendmachung des Forderungsrechts.

Gemeinrechtlich konnte einem insolventen Schuldner durch Beschluß der Mehrheit der Gläubiger, die sich nach der Größe der Forderungen und bei Gleichheit derselben nach der Zahl der Personen bestimmte, Stundung, jedoch nur auf höchstens 5 Jahr (Zwangsstundung), ferner ein theilweiser Nachlaß (Zwangserlaß) zur Abwendung des Concurses bewilligt werden, so daß die Minderheit an diese Beschlüsse gebunden war.

Nach heutigem Recht ist nur Zwangsvergleich, Akkord, mag er auf bloße Stundung oder theilweisen Erlaß gerichtet, nach Eröffnung des Concurses

---

[1]) l. 17 D. de O. et A 44, 7: Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenit.

[2]) Pauli R. S. II, 17 § 8: fundum alienum mihi vendidisti, postea idem ex causa lucrativa meus factus est, competit mihi adversus te ad pretium recuperandum actio ex empto. l. 29 D. de cit. empti 19, 1. l. 13 § 15 D. act. empt. 19, 1. l. 9. l. 41 § 1 D. de evict. 21, 2. Auch l. 19 D. de O et 44, 7 ordnet sich diesem Gesichtspunkt unter.

[3]) l. 82 § 3 D. de leg. I 30: Marcellus: idem erit et si partem redemero pars mihi legata est aut donata: partem enim duntaxat petere debebo.

[4]) Bei Vermächtnissen könnte man geneigt sein, die Ersatzpflicht auf einen eventuellen Willen des Testators zurückzuführen l. 34 § 6 si hoc testator voluit, §§ 7, 8 D. de leg. I. 30. Zu demselben Resultat führt aber auch der Gesichtspunkt der negotiorum gestio, da die Anschaffung des vermachten oder versprochenen Gegenstandes für den Onerirten und Schenkgeber ein nothwendiges Geschäft.

Zwecks Beendigung desselben nach Maßgabe der Vorschriften der §§ 160 ff. der C. O. zulässig.

§ 102. Novation*).

Die Novation kann heut nicht mehr als praktisches Rechtsinstitut gelten. Dies erhellt, wenn man Zweck und Wesen der röm. Novation genauer betrachtet.

Der Zweck konnte zunächst dahin gehen, bei unveränderter Subjectsbeziehung den bisherigen Obligationsinhalt in Bezug auf seine Modalitäten einer Aenderung zu unterwerfen, z. B. die unbetagte und unbedingte Forderung zu einer betagten oder bedingten zu machen oder auch durch Bürgschaft zu verstärken.

Es konnte ferner der Eintritt eines neuen Gläubigers oder Schuldners statt des bisherigen bezweckt werden. Der Grundgedanke war also, daß die bisherige Obligatio in veränderter Gestalt: sei es mit verändertem Inhalt oder veränderter Subjectsbeziehung fortbestehen sollte[1]) Nach römischem Recht war dies nur möglich mittelst der Stipulation, womit sich zugleich von selbst eine Aenderung der causa verband.[2]) Die Novation erscheint daher ihrem Wesen nach, wie dies die Legaldefinition mit aller wünschenswerthen Präcision ausdrückt, als transfusio atque translatio prioris debiti in aliam obligationem Das Wesen der Novation besteht daher nicht etwa in einer beliebigen Combination von Aufhebung und Neubegründung einer Obligation, eine Combination, die sich in zahllosen Variationen denken läßt: z B. Aufhebung einer Darlehnsschuld, dadurch, daß der Schuldner die unentgeltliche Ausführung eines Geschäfts übernimmt, oder dadurch, daß ein Miethsvertrag in einen Kaufvertrag, Depositum in Commodat übergeht. Novation ist daher weder Aufhebung mit gleichzeitiger Begründung einer Obligation, auch nicht Aufhebung um der Begründung willen (wie v. Salpius S. 273, 339 439 meint), aber auch nicht Aufhebung durch Begründung einer neuen Obligation (wie Windscheid § 353 u. Note 1 das. annimmt), endlich auch nicht „Aufhebung einer Forderung durch Begründung einer neuen, auf dasselbe

*) Fein, Beiträge zu der Lehre von der Novation und Delegation S. 28—47 (1850). Kuntze, die Obligation und Singularsucc. S. 133 flgd. Kniep, Einfluß der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation 1860. Römer, die bedingte Novation nach röm. u. heutigem R. 1863. v. Salpius, Novation und Delegation nach röm. R. 1864. Salkowski, zur Lehre von der Novation nach röm. R. 1866.

[1]) Man bezeichnet dies als „juristische Continuität des Obligationsstoffs (Kuntze a. a. O. S. 245) oder „Fortsetzung des einmal begründeten Creditverhältnisses" (Dernburg, P. 59 Note 2), ohne daß mit diesen und ähnlichen Redewendungen für die Construction und Ableitung der Wirkung der Novation Etwas gewonnen wäre.

[2]) Für die Formel der Novation bieten die Quellen mehrfachen Anhalt, z. B. Gaj. 3 § 176: si quod tu mihi debeas, a Titio dari stipulatus sim. l. 8 § 2 D. de nov. 46, 2: quod a Titio stipulatus fuero, dare spondes? § 4 eod.: Si decem, quae mihi Titius debet aut decem, quae Sejus debet, a Tertio stipulatus fuero. l. 27 D. eod. emptor promittit, quidquid ex vendito dare facere oportet. l. 34 § 2 D. eod. quod Titium et Sejum mihi dare oportet, id dari spondes?

Ziel gerichteten" (Dernburg, P. § 59), sondern eben **Umwandlung, Umschaffung**. Der Ausdruck Novation beruht auch keineswegs auf einer ungenauen Vorstellung [1]), sondern ist der allein erschöpfende und präcise. Es kommt nur darauf an, den Begriff der Novation richtig zu analysiren. Die Novationsabsicht geht dahin: daß an Stelle der bisherigen Obligation eine neue eintreten soll. Darin liegt, daß die frühere Obligation aufhören und die neue fortan allein gelten soll. Diese Absicht war der Novation von jeher immanent, in der classischen wie vorclassischen Zeit, und ist von ihrem Wesen überhaupt untrennbar. Der Erfolg, daß der Gläubiger statt des bisherigen Forderungsrechtes ein anderes erhält, fällt unter den Gesichtspunkt der Zahlung und zwar Baarzahlung. Daraus erklärt sich die ipso jure tilgende Kraft der Novation.

Der Solutionscharacter der Novation findet sich mehrfach in den Quellen anerkannt [2])

Daß das aufhebende Moment in der Novation lediglich das Dasein der neuen Obligation, nicht aber die Befriedigung sei, welche in letzterer dem Gläubiger gewährt wird, und dies wenigstens die Auffassung der Quellen sei, in denen die Novation durchaus als selbständiger Modus der Aufhebung von Obligationen, nicht als eine Art der in solutum datio erscheine (Windscheid § 353 Note 2), widerlegt sich bei der Erwägung, daß das Dasein der neuen Obligation an und für sich, d. h. ohne Novationsabsicht (ἄνευ καινότητος) die frühere Obligation unberührt lassen würde und das aufhebende Moment somit in der Novationsabsicht gesucht werden muß, dieses subjective Moment aber nur in Verbindung mit dem materiellen, daß der Gläubiger in der neuen Obligation ein Aequivalent für die frühere erhält, zur ipso-jure-Aufhebung der letzteren führen kann.

Die Frage, ob nach heutigem Recht eine Novation durch formlosen Vertrag zu Stande kommen kann, ist verschieden beantwortet worden.

Man hat u. A. das Institut für das heutige Recht damit zu retten gesucht, daß Novation nach röm. R. in einem Austausch von Obligationen bestanden habe, und solcher auch nach heutigem Recht möglich sei, so daß die auf Aufhebung der alten Obligation und Ersatz derselben durch die neue gerichtete Absicht heutzutage die causa des Novationsversprechens bilde und dadurch ein materieller Vertrag begründet werde. Allein genauer betrachtet ist diese vorgebliche materielle causa bloßer Schein, Selbsttäuschung, nichts als verbohrte Theorie.[3]) Denn worin besteht das Aequivalent bei diesem

---

[1]) Wie Windscheid, § 353 zu 3a meint.

[2]) Im Allgemeinen z. B. in l. 21 § 3 D. de ann. leg. 33, 1, l. 31 § 1 i. f. D. de nov. 46, 2. l. 8 § 5 D. eod.: liberat autem me is, qui quod debeo promittit, etiam si nolim. cfr. auch vorher: quid enim interest ipse an alius quilibet promittat? Ferner bezüglich der Delegation: l. 8 § 3 D. ad S. C. Vell. 16, 1: solvit enim et qui reum delegat, l. 37 § 4 D. de op. lib. 38, 1: solutionis vicem continet haec delegatio l. 18 D. de fid. 46, 1: qui debitorem suum delegat, pecuniam dare intelligitur, quanta ei debetur cfr. Seneca, de benef. VI, 5 § 2: delegatione et verbis perfecta solutio.

[3]) Aufgestellt von Bruns, Zeitschrift für Rechtsgeschichte! Bd. 1 S. 115 flgd.

Austausch? Denn der Gläubiger, der sich von dem Schuldner denselben Obligationsinhalt unter anderen Modalitäten versprechen läßt, erhält in der That kein Aequivalent, sondern giebt in Wahrheit einen Thaler, um genau denselben Thaler zurückzuempfangen. Verwandelt er sein unbetagtes und unbedingtes Recht in ein bedingtes und betagtes, so erhält er dafür Nichts, sondern erweist dem Schuldner eine Liberalität, wie umgekehrt der Schuldner dem Gläubiger, wenn er dessen bedingte und betagte Forderung in eine unbedingte und unbetagte verwandelt. Zu einem Austausch bleibt Nichts übrig, es handelt sich einfach um Abänderung und Modification der früheren Obligation, wozu heut ein einfacher Vertrag genügt, ohne den Umweg der Novation.

Ebenso haben die anderen Novationsfälle im heutigen Recht die Natur selbständiger materieller Rechtsgeschäfte angenommen: die Novation mit Eintritt eines neuen Gläubigers ist materiell Cession, die Novation mit Eintritt eines neuen Schuldners geht in der Schuldübernahme (Passivsuccession) auf.

Vergeblich ist auch der Versuch, mit Hülfe des Wechsels die Novation nach heutigem Recht zu construiren. Der Wechsel an sich hat keine besondere Beziehung zur Novation. Eine solche könnte nur in dem der Hingabe des Wechsels zu Grunde liegenden Vertrage gesucht werden, dieser aber charakterisirt sich, wenn der Wechsel nicht bloß Zahlungs halber, sondern an Zahlungsstatt gegeben ist, eben einfach als datio in solutum.[1])

Die sog. Abrechnungsgeschäfte und Anerkennungsverträge sind keine Verträge, die ihre causa debendi in sich selbst hätten, und können daher keine Novation bewirken.

Die Novation ist dem modernen Verkehrsleben fremd und fristet nur ein Scheindasein.

Es kann daher von der Darstellung dieser unpraktischen Materie abgesehen werden, um so mehr, als in der trefflichen Arbeit von Botho v. Salpius (Novation und Delegation nach römischem Recht, 1864) eine erschöpfende und im Ganzen wohlgelungene Bearbeitung derselben vorliegt. Die Delegation steht in keinem inneren Zusammenhange mit der Novation.

---

[1]) Ueber andere recht verfehlte Versuche, die Novation aufrecht zu erhalten, s. die treffende Kritik von Förster, Preuß. Privatr. I § 97 Note 1. 11. 12.

6. Kapitel: Succession in Schuldverhältnisse.

§ 103. Cession*).

Die Cession nach heutiger Auffassung bedeutet den Uebergang des Forderungsrechts von dem bisherigen Gläubiger auf einen Anderen in der Weise, daß Ersterer aufhört Gläubiger zu sein, der Letztere an seine Stelle als neuer Gläubiger tritt und durch Sondernachfolge kraft des Aktes der Cession ohne Weiteres die Forderung selbst erwirbt. Dies mag der Anschauung des heutigen Verkehrslebens entsprechen, auch als ungefährer Ausdruck des Cessionseffektes seine Richtigkeit haben[1]). Dieser bedarf jedoch bei dem Streit über das Wesen der Sondernachfolge der näheren Erläuterung:

Durch den Cessionsact wird die in der Obligation liegende rechtliche Macht: der Inhalt oder die Substanz des Forderungsrechts einerseits von der Person des bisherigen Gläubigers losgetrennt, so daß dieser als forderungsberechtigtes Subject gar nicht mehr in Betracht kommt, andererseits mit der Person des Cessionars verknüpft, so daß dieser als das ausschließlich berechtigte Subject dem Schuldner fortan gegenübersteht. Die Cessionswirkung besteht also in der Schaffung einer neuen Subjectsbeziehung[2]) auf der Activseite. Durch das Ausscheiden des bisherigen Activsubjectes hört das Schuldverhältniß als solches auf, da seine Individualität nun einmal mit der Person des ausscheidenden Gläubigers verknüpft ist. Durch ihren Entstehungsgrund werden die Rechte aber nach Subject, Object und Inhalt individualisirt. Was von dem der Cession zu Grunde liegenden Schuldverhältniß fortdauert, ist Nichts als sein Inhalt in seiner Beziehung auf das Passivsubject. Hiermit verbindet sich die durch den Cessionsact geschaffene Beziehung auf das neue Activsubject als Ersatz für die Beziehung auf das ausscheidende Subject. Das nun so resultirende Rechtsverhältniß zwischen dem Schuldner und dem Cessionar ist wegen der veränderten Subjectsbeziehung nicht mehr das

---

*) Mühlenbruch, Lehre von der Cession der Forderungsrechte 1817. 3 A. 1836. Kuntze, Obligation und Singularsucc. 1856, §§ 75 fg. Schmid, die Grundlehren der Cession I. 1863, IV 1866. Windscheid, P. §§ 329—337. Die erbrechtliche Succession in Schuldverhältnisse ist dem Erbrecht vorzubehalten.

[1]) Diese Auffassung ist zum Ausdruck gebracht im preuß. Landrecht I. 11 §§ 377, 393, 402, 409, österr. G. B. § 1392, 1394. Code civil Art. 1689. Vgl. ferner die zusammenfassenden Bemerkungen in der Entsch. des R. G. B. 4 S. 115.

[2]) vgl. oben S. 147. 175.

frühere Schuldverhältniß, obschon inhaltlich mit ihm identisch. Es läßt sich der Kürze wegen von Identität des Rechtes reden, sofern man, wie das dem gewöhnlichen Sprachgebrauch durchaus geläufig ist, den Begriff: Recht in einem engeren, die Subjectsbeziehung abstreifenden Sinne versteht.

Im römischen Recht bedurfte es zur Verknüpfung des Forderungsinhalts mit einem neuen Subject unter Ausscheidung des früheren Subjects der Novation. Der Grund davon liegt offenbar darin, daß es von vornherein an einer Form der Uebertragung für Forderungsrechte fehlte[1]), und das spätere Recht sich abwehrend gegen das Cessionswesen überhaupt verhielt, wie dies deutlich aus den zahlreichen Cessionsbeschränkungen hervorgeht, und man deshalb nicht noch eine neue Rechtsform zur Erleichterung und Beförderung des Forderungenschachers erfinden mochte.

Von Seiten des Wesens der Obligatio hätte der Uebertragbarkeit derselben Nichts entgegengestanden.[2]) Wenn man dagegen anführt, daß durch den Eintritt eines neuen Gläubigers der Inhalt der Leistung sich ändere, indem z. B. die Leistung von 100 an A einen andern Inhalt hat, als die Leistung von 100 an B[3]), so ist das ein Scheingrund, da die Consequenz dieser Ansicht wäre, daß die Obligation immer nur an den Gläubiger persönlich, und nicht statt seiner auch an einen Anderen (Beauftragten oder sonstigen Vertreter), erfüllt werden könnte, während doch die regula juris besagt: quod jussu alterius solvitur pro eo est, quasi ipsi solutum esset (l. 180 D. 50, 17), und ferner zu allem Ueberfluß die Leistung an den solutionis causa adjectus als durchaus identisch gilt mit der Leistung an den Stipulator selbst (dum adjecto solvitur, mihi solvi videtur, l. 59 D de sol. 46, 3). Die Identität der Leistung wird lediglich durch den vermögensrechtlichen Erfolg bedingt; die Subjectsbeziehung als solche bildet keine Modalität des Leistungsinhalts oder Obligationsobjects; die Leistung ist, sofern nicht ausnahmsweise, wie z. B. bei Dienstleistungen, die Individualität und individuellen Eigenschaften des Berechtigten für den Charakter und Umfang derselben bestimmend werden, durchaus ein Fungibile, das so gut an den Einen, wie den Andern geschehen kann.[4]) Bei der Cession kommt noch hinzu, daß die Lage des Schuldners dadurch nicht erschwert werden darf und er dem Cessionar gegenüber zu nichts Anderem und Mehreren verpflichtet ist, als er es dem Cedenten gegenüber war, insbesondere auch nicht der Erfüllungsort geändert wird.

Der Schuldner ist daher nicht befugt, der Cession zu widersprechen, vielmehr ist diese eine durchaus eigene Angelegenheit des Gläubigers.

---

[1]) Dies hat mit Recht schon Windscheid, Actio S. 164 hervorgehoben.

[2]) Die Römer erreichten durch die actio utilis in den Fällen, wo diese statthatte, (Windscheid, actio S. 196 fg.) Etwas dem modernen Veräußerungseffect sehr Nahekommendes.

[3]) Der Urheber dieser abstrusen Ansicht ist v. Scheurl, Beiträge S. 15. Dagegen mit Recht Windscheid, Actio S. 152—153, contra: Pand. § 329, Note 2. Daß dem Leistenmüssen eine Subjectsbeziehung immanent ist, schließt nicht die Identität der Leistung bei einer geänderten Subjectbeziehung aus!

[4]) vgl. oben S. 58, 59.

Die Cession bewirkt daher nach heutigem Recht, um mich einer schon früher, freilich in einem anderen Sinne, üblich gewesenen Formulirung[1]) zu bedienen, den Uebergang des Forderungsrechts der Substanz nach, so daß dasselbe aus dem Vermögen des Gläubigers fortan völlig ausscheidet.

Hierin unterscheidet sich die Cession von dem mandatum in rem suam oder der Ueberweisung in vim assignationis, welche die Forderung nicht dem Vermögen des Gläubigers entzieht, sondern nur wirkt, daß der Assignatar die Forderung für seine Rechnung betreiben kann, und Eigenthümer des beigetriebenen Schuldbetrages wird.

Der Uebergang des Forderungsrechts in das Vermögen des Cessionars vollzieht sich ohne Weiteres mit dem Cessionsact, lediglich durch Erklärung des Uebertragungswillens.[2]) Insbesondere bedarf es zur Wirksamkeit gegen Schuldner oder Dritte nicht noch einer Art Besitzergreifung, d. i. eines Actes, durch welchen der Cessionar kund giebt, daß er die Forderung fortan als seine eigene in Anspruch nehme und den Schuldner als ausschließlich verpflichtet betrachte. Es ist daher zu diesem Behuf weder Denunciation noch Solennisirung des Cessions-Actes (z. B. durch schriftliche Feststellung) erforderlich, vielmehr beruht die Aufstellung eines derartigen Erfordernisses auf einer ganz unmotivirten Parallelisirung des Erwerbs der Forderungen mit dem Erwerb dinglicher Rechte.

Wenn zum Eigenthumserwerbe außer dem Uebertragungswillen die Tradition erfordert wird, so hat dies seinen Grund in der besonderen Natur des zu übertragenden Rechts, da das Eigenthum nicht bloße Anwartschaft auf Herrschaft über die Sache, sondern in normalem Zustande diese Herrschaft selbst in rechtlicher wie in thatsächlicher Beziehung ist und daher zur Eigenthumsübertragung gehört, daß der Erwerber nicht bloß rechtlich, sondern auch thatsächlich zum Herrn der Sache gemacht wird. Erst nach Störung dieses normalen Zustandes durch Entziehung des Besitzes oder der Gewahrsam erscheint das Eigenthum in Gestalt der Vindication als Anspruch gegen den dritten Besitzer oder Inhaber.

Das Forderungsrecht dagegen ist begriffsmäßig Nichts als Anspruch und bedarf es zu seiner Uebertragung ebensowenig wie zur Uebertragung des Vindicationsanspruchs einer besonderen Bethätigung des Anspruchs durch ein Analogon der Besitzergreifung. Die Denunciation hat lediglich die Bedeutung, zu verhüten, daß der gutgläubige, in Unkenntniß der stattgehabten Cession befindliche Schuldner sich in fernere Verhandlungen mit dem ihm gegenüber immerhin noch als Gläubiger legitimirten Cedenten einlasse, ihm Zahlung leiste u. dgl. und auf diese Weise das Recht des Cessionars illusorisch gemacht werde.

[1]) Z. B. Koch, Privatr. II. § 525.

[2]) Daß dem Cedenten bis zur Denunciation noch eine Art formelles Verfügungsrecht über die cedirte Forderung zustehe, ist mit der heutigen Auffassung unvereinbar, und lediglich ein Rest der romanistischen Anschauung, die in der Theorie und Praxis noch nicht völlig überwunden ist (vgl. z. B. sogar noch Windscheid, P. § 329 zu Note 7, 8, Entsch. d. R. G. Bd. 4 S. 333.)

Denn die von dem gutgläubigen Schuldner, also vor erfolgter Bekanntmachung der Cession an den Cedenten geleistete Zahlung, ist gültig, nicht aber deshalb, weil Letzterer noch zur Geltendmachung der cedirten Forderung oder gar Klageerhebung befugt wäre[1]) — dazu fehlt ihm in Wahrheit alle und jede Legitimation, sondern wegen des im Interesse der Verkehrssicherheit angenommenen Grundsatzes, daß der Schuldner durch die Zahlung auch an einen Nichtgläubiger frei wird, wenn Letzterer früher die Befugniß zur Einziehung der Forderung hatte, der Schuldner aber das Erlöschen dieser Befugniß ohne seine Schuld nicht kennt, da er sonst unverschuldeter Weise der Gefahr doppelter Zahlung ausgesetzt werden würde.[2])

Auf guten Glauben kann sich der Schuldner nicht mehr berufen, wenn er in glaubhafter Weise von der geschehenen Cession Kenntniß erhält, gleichviel übrigens, ob durch Anzeige Seitens des Cessionars (Denunciation) oder des Cedenten oder irgendwie sonst.

Unter mehren concurrirenden Cessionaren entscheidet schlechterdings die Priorität der Cession ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der von dem Einen oder Anderen derselben bewirkten Denunciation.

Was der Cedent nach der Cession, also zur Ungebühr vom Schuldner einzieht, ist er an den Cessionar auszuantworten verpflichtet als Geschäftsbesorger oder auch schon auf Grund des Cessionsvertrages, nicht dagegen kraft der condicio sine causa.[3]) Der Gesichtspunkt der Geschäftsbesorgung findet auch Anwendung, wenn ein späterer Cessionar Etwas vom Schuldner beigetrieben hat, indem dies an den älteren Cessionar abzuführen ist.

Gegenstand.

Der Inhalt des Forderungsrechts geht über in derselben rechtlichen Beschaffenheit, in der es für den Cedenten begründet war, also regelmäßig mit allen anhaftenden Einreden und Nebenrechten.

1. Einreden: Der Cessionar muß sich alle Einreden gefallen lassen, die bereits zur Zeit der Cession begründet waren, mit Ausnahme solcher, die eine höchst persönliche Beziehung auf den Cedenten hatten.[4]) Es kommt lediglich darauf an, daß der Grund der Einrede schon zur Zeit der Cession

---

[1]) Wie Dernburg P. § 48, S. 131 meint, unter Anführung eines seltsamen Grundes.

[2]) S. über diesen Grundsatz Windscheid P. § 342 und die daselbst Note 45 citirten Stellen, bes. l. 18 D. de sol. 46, 3.

[3]) Weil diese nur dem Geber zusteht, der Cessionar aber nicht der Geber war, wie richtig Koch, Commentar Note 45 zu § 413 I 11 A. L. R. gegen das O. Trib. hervorhebt.

[4]) Wie z. B. die vom Cedenten für die Dauer seiner Gläubigerschaft bewilligte Stundung, ferner die Competenzeinrede, wofern sie sich nicht auf die Beschaffenheit des obligatorischen Verhältnisses (Dotalklage, actio pro socio, Forderung aus der Schenkung) gründet. Vgl. Puchta, P. § 245, Note 5—7, wogegen die Competenzeinrede erlischt, wenn sie auf der persönlichen Eigenschaft des Gläubigers beruht, vgl. Puchta, a. a. O. Note 1—4.

gegeben war, ohne Rücksicht auf den späteren Eintritt der thatsächlichen Bedingungen ihrer Wirksamkeit.[1])

Ein stillschweigender Verzicht auf die Einrede ist anzunehmen, schon wenn der Schuldner die Cession vorbehaltlos anerkennt, weil darin von selbst zugleich ein Anerkenntniß des cedirten Rechts liegt.[2])

Dagegen können Einreden, die erst nach der Cession, wiewohl vor der Denunciation oder einem gleichgeltenden Act entstanden sind, gegen den Cedenten nicht geltend gemacht werden, es wäre denn, daß sie sich auf Realisirungsacte gründen, die der gutgläubige Schuldner nach der Cession mit dem Cedenten vorgenommen hat. Dahin gehört insbesondere das unter der gedachten Voraussetzung auf Grund einer Proceßführung mit dem alten Gläubiger erwirkte rechtskräftige Urtheil.[3])

2. Nebenrechte: Aus Bürgschaft, Pfandbestellung einschließlich privilegirter Pfandrechte, und Zinsansprüche einschließlich solcher, die nur der Person des Gläubigers (z. B. Fiscus, Minderjährige) gewährt werden, gehen über. Ebenso

3. Vorrechte, wenn sie privilegia causae sind, insbesondere auch Concursprivilegien (privilegia exigendi) dieser Art[4]), nicht also priv. personae und vollends nicht solche Vorrechte des Cedenten, die mit der Forderung selbst nicht unmittelbar zusammenhängen.[5])

Besonderes Verhältniß zwischen Schuldner und Cessionar.

Der Schuldner kann aus der Person des Cessionars alle Einreden erheben, mögen sie in rem oder in personam zustehen, da der Cessionar als der ausschließlich Berechtigte in Betracht kommt und jede Rücksichtnahme auf den Cedenten wegfällt. Hervorzuheben sind die sog. exceptio legis Anastasianae, doli exceptio wegen eigner Arglist des Cessionars, und benefic. competentiae, wenn Letzterer zu dem Schuldner in einem solchen persönlichen Verhältniß steht, daß er ihm die Competenz bewilligen muß[6]), sollte auch der Cedent nicht in einem solchen Verhältniß gestanden haben.

Umgekehrt kommen dem Cessionar die ihm für seine Person zustehenden Privilegien und Rechtswohlthaten zu Gute sowohl in Bezug auf die Forderung selbst, als auf die Art und Form ihrer Geltendmachung.

---

[1]) Z. B. Eintritt der Resolutivbedingung, Eintritt des Evictionsfalles bezügl. eines dem Schuldner auf Grund des Geschäfts, aus dem die cedirte Forderung originirt, gegebenen Aequivalents.

[2]) So richtig Mühlenbruch § 50 S. 511 (3 A.) A. M. Dernburg P. § 58 n. 8.

[3]) Gegen ein noch nicht rechtskräftiges Urtheil kann der Cessionar Rechtsmittel nur nach Maßgabe der Vorschriften über die Nebenintervention, §§ 64, 236 C. Pr. O. einlegen.

[4]) Mühlenbruch, § 56 3. A. S. 561. Daß die Concursprivilegien solche sind, welche ein Vorrecht nicht schon verleihen, sondern nur in Aussicht stellen, ist unhaltbar.

[5]) Z. B. das Recht des Fiscus, seine Schuldner vor sein eigenes Forum zu ziehen, und das in gewissen Fällen stattfindende privilegium de non appellando l. 4 8 C. quor. appellat. non recip. 7, 65. Mühlenbruch, § 57.

[6]) Z. B. semper patrono reverentia exhibenda est l. 4 § 16 D. de doli m. exc. 44, 4.

Der Schuldner wird jedoch geschützt, wenn die Cession arglistigerweise zu dem Zwecke geschah, seine Stellung durch die dem Cessionar zustehenden Privilegien zu erschweren, oder von ihm die gegen den Cedenten persönlich zustehenden Einreden abzuschneiden.

Arten der Cession.

Das Forderungsrecht kann übertragen werden durch Erklärung des Gläubigers (Cession im eigentlichen Sinne, cessio voluntaria), durch richterliche Verfügung, oder kraft des Gesetzes, cessio legis, cessio necessaria, fingirte Cession. Daß der Uebergang sich kraft des Gesetzes vollziehe, wo ein Anspruch auf Uebertragung bestehe, läßt sich nicht allgemein behaupten, ist vielmehr auf die speciell in den Quellen anerkannten Fälle zu beschränken.[1])

Zulässigkeit.

Cessibel sind alle Forderungen, bezüglich deren die Cessibilität nicht besonders ausgeschlossen ist.[2])

Unzulässig ist die Uebertragung: 1. von höchst persönlichen Ansprüchen (sog. actiones vindictam spirantes)[3]), 2. von solchen, bei denen die Beziehung auf eine andere Person eine Veränderung des Inhalts, besonders nach Qualität, Quantität oder Dauer der Leistung, bedingen würde rc., z. B. die Verpflichtung zu Alimentation, persönlicher Dienstleistung, Bestellung einer Personalservitut.[4]) 3. Accessorische Forderungen sind nur mit der Hauptforderung cessibel.[5])

Eine Reihe von Cessionsbeschränkungen greift im Interesse des Schuldners Platz.[6]) Verboten ist die Cession: 1. von Forderungen gegen Bevormundete an die Vormünder bei Strafe der Nichtigkeit und des Rechtsverlustes; 2. litigiöser Forderungen, abgesehen von Fällen, in denen in der Regel eine Gefährde des Schuldners nicht anzunehmen ist (z. B. bei Auseinandersetzungen, Vergleichen u. dgl.); 3. an einen potentior d. i. einen mächtigeren Gegner bei Vermeidung der Nichtigkeit und des Rechtsverlustes; 4. der Forderung eines Juden gegen einen Christen an einen Christen; 5. nach der sog. lex Anastasiana kann der Forderungskäufer vom Schuldner nicht mehr beitreiben,

---

[1]) Windscheid, Actio S. 201.

[2]) Cessibel sind auch dingliche Ansprüche, da sie den wirklichen Forderungsrechten gleichzustellen sind. S. hierüber Windscheid P. § 337. Die Regeln der Aelteren: quae non sunt transmissibilia ad heredes, per cessionem non transeunt oder quod est transmissibile, id est cessibile sind nicht durchweg zutreffend. S. Mühlenbruch § 23.

[3]) Die Popularklagen wurden erst mit der Litiscontestation Vermögensbestandtheil des Klägers; trotzdem war dieser nicht befugt, zur Durchführung der Klage einen Procurator zu ernennen, sondern im öffentlichen Interesse verpflichtet, die Klage persönlich durchzuführen, wie im Strafproceß der Ankläger.

[4]) Nicht hier einzumischen ist die Frage nach der Wirksamkeit eines privaten Cessionsverbotes (pactum de non alienando) gegen Dritte. S. darüber Mühlenbruch S. 325 fgd.

[5]) Controvers: vgl. Mühlenbruch § 28. Windscheid § 335. Naturalforderungen sind nicht cessibel, oben S. 32.

[6]) vgl. hierüber Puchta, P. § 285.

als er selber als Valuta zahlte, und wird bezüglich des Mehrbetrages der Schuldner befreit, ausgenommen, wenn die Cession bei Gelegenheit einer Auseinandersetzung, datio in solutum oder bei Abfindung des Gläubigers durch den Pfandbesitzer erfolgt.

Das Verhältniß des Cedenten zum Cessionar*)

bestimmt sich nach dem der Cession zu Grunde liegenden materiellen Rechtsgeschäft. Ist dieses ein entgeltliches, so haftet der Cedent für die Verität d. i. die rechtliche Existenz, nicht aber ohne Weiteres auch für die Bonität der Forderung.

Der Cedent hat jedoch dem Cessionar behufs Geltendmachung der Forderung Beistand zu leisten und ihn mit den nöthigen Ausweisen und Informationen zu versehen, und auf alle Fälle das auszuantworten, was er etwa selber noch nach der Cession vom Schuldner beigetrieben hat.

§ 104. Schuldübernahme.*)

Es liegt nahe, in der Schuldübernahme Analogien mit der Cession aufzusuchen. Allein bei der grundsätzlichen Verschiedenheit beider Geschäftsfiguren sind die Analogien nur sehr äußerliche und daher theoretisch völlig werthlos.[1])

Der Gläubiger kann ebensowenig wie der Schuldner durch einen einseitigen Act die Passivobligation auf einen Dritten übertragen, so daß sie aus dem Passivvermögen des Schuldners ausscheidet, dieses frei wird und dem Passivvermögen des Dritten einverleibt wird.

Vielmehr ist erforderlich 1. zur Exneration des Schuldners eine diesbezügliche Erklärung des Gläubigers (Erlaß, pactum de non petendo), 2. zum Eintritt des Dritten in die Schuld ordentlicherweise ein Vertrag zwischen ihm und dem Gläubiger.

Die Erstreckung von Schuldverhältnissen unter Wahrung ihrer Identität auf dritte Personen ist schon dem römischen Recht geläufig bei der Bürgschaft, den adjecticischen und Noxalklagen. Die Erstreckung geschieht durch Vertrag, wie bei der Bürgschaft, oder quasicontractlich durch Rechtsvorschrift, wie bei der actio adject. qualit. Die Schuld geht auf den Dritten in der Beschaffenheit über, wie sie in der Person des Schuldners bestand, insbesondere mit den ihr anhaftenden Einreden einerseits und mit ihren Accessionen an-

---

*) Schliemann, Haftung des Cedenten 1848.

*) Delbrück, Uebernahme fremder Schulden nach gem. u. preuß. R. 1853. Windscheid, kritische Ueberschau I, 2. Kuntze, die Obligation u. S. S. S. 301 fgd. Zaun, Arch. f. prakt. R.. W. N. F. I. S. 113—131. v. Salpius, Novation und Delegation § 55 56, 67—69, 80 (1864) u. A.

[1]) Die Idee einer Sondernachfolge in die Schuld lediglich mittelst Vertrag zwischen dem Schuldner und einem Dritten ist ein unlösbares Problem, das die frühere Theorie lebhaft beschäftigt hat. S. besonders Delbrück, S. 73 fgd. Dagegen mit Recht: Kuntze. § 77—79. Windscheid, krit. Ueberschau S. 36—40.

dererseits. Dagegen hören Einreden, die dem früheren Schuldner nur für seine Person zustehen, und ebenso Bürgschaften oder von einem Dritten bestellte Pfandrechte auf, da dieselben im Zweifel nur als in Rücksicht der Person des ersten Schuldners bestellt gelten. Daß die dem Gläubiger zustehenden Concursprivilegien infolge der Schuldübernahme entfallen sollen, wird durch die Rücksicht auf die Gläubiger des Schuldübernehmers nicht genugsam gerechtfertigt, zumal dieselben kein jus quaesitum auf Befriedigung in der gerade zur Zeit der Schuldübernahme sich darbietenden Rangordnung haben.

Eine Schuldübernahme kommt auch zu Stande, wenn der Schuldner und der Dritte einen auf Schuldübernahme gerichteten Vertrag schließen und der Gläubiger auf erhaltene Mittheilung denselben demnächst genehmigt. Ein praktisches Bedürfniß, diese Art der Schuldübernahme herauszuheben, besteht nicht. Der Vertrag zwischen dem Schuldner und dem Dritten ist, weil beiden das erforderliche Verfügungsrecht mangelt, an und für sich ungültig. Es ist kein Vertrag in favorem des Gläubigers, aber auch kein in irgend welcher Beziehung die Schuldübernahme begründender Vertrag, er liefert nur das Material zu einer auf Schuldübernahme gerichteten Offerte an den Gläubiger. Er hat vor Ertheilung der Genehmigung des Gläubigers nur obligatorische Wirkung unter den Contrahenten, so daß für den Uebernehmer nur die Verpflichtung entsteht, die zur Liberirung führende Genehmigung des Gläubigers zu beschaffen.

In keinem innern Zusammenhange mit der Schuldübernahme steht die sog. Erfüllungsübernahme, d. i. ein Vertrag, durch welchen ein Dritter sich dem Schuldner gegenüber verpflichtet, den Gläubiger zu befriedigen. Der Inhalt eines solchen Vertrages geht nicht sowohl darauf, die alsbaldige Expromission des Schuldners zu bewirken oder dafür einzustehen, daß der Gläubiger den Schuldner nicht in Anspruch nimmt[1]), sondern einfach darauf, statt des Schuldners den Gläubiger zu befriedigen, zu erfüllen und zu zahlen. Durch Cession des dem Schuldner aus einem solchen Vertrage gegen den Dritten erwachsenden Anspruchs erwirbt der Gläubiger ein directes Klagerecht gegen den Dritten. Dies hat die preußische Praxis längst richtig erkannt.[2])

Wenn in dem Fall der Anrechnung von Hypotheken auf das rückständige Kaufgeld § 41 des preuß. Ges. über den Eigenthumserwerb v. 5. Mai 1872 dem Gläubiger auch ohne Cession oder Beitrittserklärung ein unmittelbares Klagerecht gegen den Uebernehmer giebt, so ist hierin kein von der früheren Praxis verschiedener principieller Standpunkt eingenommen, sondern lediglich die praktisch wichtige, aber theoretisch nicht belangreiche Aenderung getroffen, daß an Stelle der freiwilligen Cession die Cessio legis gesetzt ist.

Zu einer wirklichen Schuldübernahme gestaltet sich das Verhältniß erst, wenn nach Maßgabe der näheren Bestimmungen des § 41 cit. der Schuldner

---

[1]) Dies würde auf eine Art Evictionshaftung hinauslaufen; dafür hat sich der Entw. des b. G. § 318 inf. entschieden.

[2]) Besonders Entsch. des K. Ober-Trib. Bd. 7 S. 298 (Pl.-Beschl.)

von seiner persönlichen Verbindlichkeit frei geworden ist, indem eine stillschweigende Entlassung desselben darin zu finden ist, daß der Gläubiger die für die Kündigung und Klage gesetzten Fristen hat verstreichen lassen.

In ähnlicher Weise d. i. aus einer gesetzlichen Cession des Anspruchs auf Befriedigung des Gläubigers construirt sich das Klagerecht des Gläubigers gegen den Erbschaftskäufer und beim Vitalizienvertrage gegen den Uebernehmer des Vermögens, sowie beim Erwerb eines Handelsgeschäfts mit den Passiven, oder Eintritt in eine Handelsgesellschaft gegen den Erwerber bezw. neu hinzutretenden Gesellschafter wegen der früheren Gesellschaftsschulden. In allen diesen Fällen dauert neben der Haftung des neu hinzutretenden Schuldners die Verpflichtung der ursprünglichen Passivsubjecte fort.

7. Kapitel: Accession und Intercession (Bürgschaft).

Die Accession und die Intercession, und zwar diese in Form der Bürgschaft, obwohl ihren praktischen Zwecken nach verschieden, sind ihrer Structur nach verwandt.

Accession an sich bedeutet den Hinzutritt eines Mitverpflichteten zu der Schuldverbindlichkeit eines Anderen, die Erstreckung der Schuld von einem Hauptverpflichteten auf einen Nebenverpflichteten.

Die reinen Accessionsfälle werden repräsentirt durch

§ 105. die sog. actiones adjecticiae qualitatis

(Actio quod jussu, actio institoria, actio exercitoria, institoria *utilis*). Das Eigenthümliche dieser Fälle besteht darin, daß der Zweitverpflichtete der Hauptbetheiligte und also materiell der Hauptverpflichtete, der Erstverpflichtete dagegen nur Mittelsperson und materiell nur Nebenverpflichteter ist.

Der Zweitverpflichtete tritt mithin hier ein für eine eigene Schuldangelegenheit, während die Intercession, und insonderheit die Bürgschaft, den Eintritt für eine fremde Schuldangelegenheit bedeutet.

Bei den adjecticischen Klagen beruht die Haftung des Zweitverpflichteten aber nicht[1]) auf einer dem Gegencontrahenten gegenüber abgegebenen Erklärung desselben, daß das mit dem Erstverpflichteten abgeschlossene Rechtsgeschäft rechtlich als mit ihm selbst abgeschlossen gelten solle, sondern, wie das unzweideutig die Auffassung der Quellen ist, auf einem die Verpflichtung des Ersten auf den Zweiten erstreckenden, die Verpflichtung dieses zu der Verpflichtung jenes hinzufügenden Rechtssatz, und zwar sind die adjecticischen Klagen eine Bildung des prätorischen Rechts.[2])

Die Schulderstreckung in diesen Fällen ist nicht die Wirkung eines darauf gerichteten subjectiven Willens, sondern die Wirkung des objectiven Willens.

Die actio quod jussu setzt einen jussus — jussus patris dominive — voraus.[3]) Die Streitfrage, ob der jussus an den Gewaltunterworfenen oder

---

[1]) wie z. B. Windscheid, P. § 482, annimmt.

[2]) l. 5 § 1 D. de exerc. 14. 1: hoc edicto non transfertur actio, sed adjicitur l. 1 § 7 D. eod: non autem ex omni causa praetor dat in exercitorem actionem ... cfr. Gaj. IV § 71: aequissimum esse visum est in solidum actionem dari.

[3]) Gaj. IV § 70.

den dritten Contrahenten gerichtet sein müsse, ist von geringer Erheblichkeit, da in dem einen wie dem andern Falle die Klage begründet, und hierfür Nichts weiter als der Wille des Gewalthabers erforderlich ist: daß von oder mit seinem Gewaltunterworfenen contrahirt werde. Dieser Wille, auch wenn er gegen den Dritten erklärt wird, characterisirt sich in Bezug auf den Gewaltunterworfenen immerhin als jussus, und hat seine unmittelbare Erklärung an den Dritten den Vorzug, daß er diesem in authentischer Weise kundgethan wird, und der Ausweis über die Ertheilung des Befehls, wie er sonst von dem Sohn oder Sklaven dem Dritten auf dessen Verlangen geführt werden müßte, sich erübrigt.

Es ist daher sehr erklärlich, daß die unmittelbare Erklärung des Gewalthabers gegen den Dritten die praktische Form für die Ertheilung des jussus wurde. [1])

Die Streitfrage, ob bei Geschäften des Sohnes der jussus die Angelegenheit des Sohnes oder die des Vaters betreffen müsse, ist in verneinendem Sinne zu entscheiden, da der jussus denselben Umfang, wie das Mandat annehmen und sich sowohl auf eigene, als fremde Angelegenheiten des Jubenten, ohne ein concurrirendes pecuniäres Interesse desselben beziehen kann, indem der Jubent eben dadurch, daß er auf eine fremde Angelegenheit Auftrag erhält, zu erkennen giebt, daß er sich für dieselbe interessire und sie gewissermaßen zu seiner eigenen macht.

Wie der jussus begründet auch die Bestellung Jemandes, sei es eines Gewaltfreien oder Gewaltunterworfenen, zum Geschäftsführer (institor) oder zum Schiffsführer (magister navis) die Mitverpflichtung des Geschäftsherrn (actio institoria, actio exercitoria). Erforderlich ist hierbei, daß mit diesen Vertretern mit Bezug auf ihr Anstellungsverhältniß contrahirt wird, wie im Fall der actio quod jussu mit Bezug auf den jussus. Der Vertreter muß sich in den Grenzen seiner Vollmacht halten, falls der Geschäftsherr verpflichtet werden soll. Der Gegencontrahent hat daher zu prüfen, ob der abzuschließende Contract in diese Grenzen fällt. [2]) Ob das durch ein an sich auftragsmäßiges Geschäft Erlangte von dem Vertreter zweckentsprechend verwendet wird, berührt das Recht des dritten Contrahenten, seinen guten Glauben vorausgesetzt [3]), nicht. Selbstverständlich müssen ihm etwaige Einschränkungen der Vollmacht erkennbar sein.

Die Verpflichtung des Geschäftsherrn steht zu der des Geschäftsführers nicht im Verhältniß der Correalität, sondern der accessorischen Solidarität. Der Geschäftsherr haftet deshalb für rechtswidriges Verhalten (dolus,

[1]) Nichts aber unrichtiger, als daß diese Form die allein statthafte gewesen, wie Kritz, Pand. I. S. 465 fgd., Schmid, Civ.-Arch. 29 S. III fgd. annehmen. Die ursprüngliche Form ist vielmehr die Ertheilung an den Sohn oder Sklaven selbst, l. 2 D. quod cum eo 14, 5 — sive sua voluntate sive jusse ejus, in cujus potestate erit, contraxerit. So auch Vangerow, P. § 240 Anm. Nr. 1.

[2]) l. 5 § 11—13. l. 11 § 5 D. de instit. 14, 3. l. 7 § 2 D. de exerc. 14, 1. l. 1 §§ 3, 7 sqq. l. 7 p. D. eod. v. Savigny, Obligationenr. II S. 26, 27.

[3]) l. 7 §§ 1, 2 D. exerc. 14, 1.

culpa) des Geschäftsführers[1]) auch nach dem Geschäftsschluß. Mehre Jubenten und Auftraggeber haften solidarisch, nicht aber correalisch, da es an den Voraussetzungen der Correalität gänzlich fehlt.

Das aus dem Contract des Geschäftsführers hervorgehende Forderungsrecht konnte der Geschäftsherr (abgesehen von dem Fall einer Cession Seitens des Ersteren oder des Erwerbes kraft eines etwa obwaltenden Gewaltverhältnisses) mittelst einer actio utilis geltend machen, die aber nach den Quellen nur subsidär (si ei alioquin res salva esse non possit) oder nur extra ordinem, nach heutiger Praxis aber allgemein gewährt wird.

Nachträgliche Genehmigung durch den Geschäftsherrn steht der zum Voraus ertheilten Ermächtigung gleich.

Die mit diesen Verhältnissen angebahnte, und zwar von der actio quod jussu ausgegangene Entwickelung mußte nothwendig weiter dahin drängen, auch im Fall irgend eines sonstigen Auftrags zum Contrahiren eine Verpflichtung des Auftraggebers aus dem auftragsgemäß abgeschlossenen Geschäft nach Art der actio institoria anzuerkennen, wie dies denn auch im Edict des Prätors geschehen ist (actio utilis institoria, quasi institoria actio).

Mit diesem Satz war das röm. Recht dem Effect der directen Stellvertretung sehr nahe gekommen! Es mußte nur noch die Verpflichtung der Mittelspersonen eliminirt werden, da sie von einem freieren Standpunkt aus als bloße Form erscheint und der Dritte in Wahrheit nicht in Rücksicht der Mittelsperson, sondern lediglich in Rücksicht auf die eintretende Verpflichtung des Geschäftsherrn, d. i. der Hauptperson contrahirt, die Verpflichtung der Mittelsperson auch praktisch meist werthlos war. Der Dritte, der von seinem formellen Recht gegen die Mittelsperson Gebrauch machen will, kann den Vorwurf der Chicane nicht von sich ablehnen, da er gegen die wahre Geschäfts-Intention handelt. Seiner Klage gegen den Mittelsmann steht daher die exceptio doli entgegen. Er muß sich an den Geschäftsherrn als die Hauptperson verweisen lassen und sich ausschließlich an diesen halten.

Analog ist das von dem Mittelsmann geschlossene Geschäft von Seiten der daraus hervorgehenden Berechtigung zu behandeln.

Formell ist der Mittelsmann allein der Berechtigte, materiell aber kommt sein Recht seinem Geschäftsherrn zu. Er ist verpflichtet, dasselbe an diesen zu übertragen, ja dieser kann es auch ohne wirkliche Cession mittelst actio utilis geltend machen.

Unterstellt man als regelmäßige Absicht des Geschäftsherrn, was auch zumeist in seinem Interesse liegen wird, daß er die Geltendmachung des erworbenen Forderungsrechts sich selber vorbehalten wissen und nicht dem dazu vielleicht völlig ungeeigneten Geschäftsführer überlassen will, so wird dieser,

[1]) l. 5 § 8 D. de instit. 14, 3. In l. 5 § 10 D. eod. ist — wenn man Vangerow's Erklärung zu Grunde legt, ein Versehen des von dem verreisenden Handwerksmeister zurückgelassenen Institor vorauszusetzen, insofern es auf Verabsäumung der ihm obliegenden Aufsicht beruht, daß einer der Lehrlinge mit den zur Bearbeitung übergebenen Gegenständen sich davon gemacht hat. Für dieses Versehen des Institor aber haftet, wie die Stelle besagt der Meister.

wenn er auf eigene Hand sein formelles Klagerecht ausüben will, mittelst exceptio doli ebenfalls beseitigt werden können und als eigentlich Berechtigter schließlich der Geschäftsherr übrig bleiben.

Der Gedanke, daß der Geschäftsführer oder Beauftragte lediglich Mittel in der Hand des Geschäftsherrn ist und seine etwaige Verpflichtung nur inhaltslose Form, mußte entschieden zum Durchbruch kommen und bei der ersten Gelegenheit zur Beseitigung der römischen Auffassung führen. Es mußte der natürlichen Auffassung als handgreifliche Unbilligkeit erscheinen, daß das Hauskind aus den für den Vater oder der Geschäftsführer und Beauftragte aus den für den Principal eingegangenen Geschäften verpflichtet und mit seinem eigenen Vermögen haftbar gemacht werden sollte. Die eigenartige Entwickelung des modernen Verkehrs drängte darauf hin, von einer Verpflichtung bezw. Berechtigung der Mittelsperson gänzlich abzusehen und die Ueberleitung von Recht und Pflicht auf die Hauptperson mittelst adjecticia qualitas und actio utilis lediglich als eine Künstelei und einen Nothbehelf zu erachten, auf den die römischen Juristen beim Mangel des Princips der directen Stellvertretung sich angewiesen sahen, um in irgend einer Weise den allerdringendsten Anforderungen des Verkehrs zu entsprechen.

Die directe Stellvertretung widerspricht auch keineswegs dem Princip von der Causalität des Rechtswillens, erscheint vielmehr als eine Ergänzung desselben. Denn kann man durch eine im eigenen Namen abgegebene Willenserklärung für sich Rechte und Verpflichtungen begründen, so kann dies auch geschehen für einen Andern mit vorgängiger oder nachfolgender Zustimmung (Vollmacht, Genehmigung) desselben durch eine auf seinen Namen abgegebene Willenserklärung. Seine Zustimmung wird ersetzt durch eine dem Erklärenden in Bezug auf ihn zustehende Repräsentationsbefugniß, z. B. Vormundschaft, Vorstandschaft bei juristischen Personen.

Accessorische Verpflichtungen mit beschränktem Gegenstand.

Bei gewissen accessorischen Schuldverhältnissen haftet der Zweitverpflichtete nicht schlechthin solidarisch mit dem Erstverpflichteten, sondern nur in beschränktem Umfange: so bei der actio de peculio, actio de in rem verso und utilis de in rem verso actio.

Die actio de peculio fällt, da das Peculienwesen in Deutschland niemals heimisch gewesen, für das heutige Recht fort. Von praktischer Bedeutung in gewissen Beziehungen wenigstens ist noch das Recht der in rem versio.

Die Versionsklage bezog sich ursprünglich auf den Fall, wo der Gewalthaber aus einem Geschäft seines Gewaltunterworfenen bereichert worden ist. Es gilt gleich, ob die Bereicherung unmittelbar oder mittelbar durch das Geschäft zu Stande gekommen ist. Die Bereicherung geschieht unmittelbar, wenn schon durch Geschäftsabschluß selbst dem Gewalthaber ein Vortheil zugewendet ist, z. B. durch Befreiung von einer Verbindlichkeit oder Eingehung einer solchen statt seiner.

Mittelbar geschieht sie, wenn das durch das Geschäft Erlangte in irgend einer Weise in das Vermögen des Gewalthabers geflossen ist.[1])

Wo die Bereicherung durch ein utiliter gestum für den Gewalthaber bewirkt wird, wird weiter vorausgesetzt, daß die gestio nicht animo donandi, sondern animo negotii gerendi, also in der Absicht geschieht, einen Gegenanspruch zu erhalten. Lediglich auf Fälle dieser Art bezieht sich das Erforderniß, daß die Bereicherung in einer zum Ersatz an die Mittelsperson verpflichtenden Weise geschehen sein müsse.[2]) Ebendeshalb genügt ein utiliter coeptum zur Begründung der Versionsklage, wenn der Erfolg ohne Schuld des Gerenten ausgeblieben ist.[3]) Die Empfangnahme des durch das Geschäft Erlangten für das Peculium schließt die Versionsklage nicht unbedingt aus[4]), vielmehr ist die Version noch immerhin möglich. Wird die Sache nach Verwendung in dem Peculium dem Gewalthaber animo donandi überliefert, so cessirt die Versionsklage, eben weil der Gewalthaber durch die Verwendung bereits Peculiarschuldner geworden ist, wogegen, wenn ihm die Sache ohne wirkliche Verwendung im Peculium und ohne daß er zum Peculiarschuldner gemacht worden ist, geschenkt wird, wiederum die Versionsklage begründet ist.[5])

Dies Versum muß fortdauern. Es wird beseitigt, wenn der Gewalthaber dem Hausuntergebenen dasselbe vergütet oder ihn durch eine remuneratorische Schenkung schadlos hält, vorausgesetzt, daß sich nicht hierunter ein frauduloses Verfahren gegen den dritten Contrahenten verbirgt.[6])

---

[1]) l. 3 § 1 D. de in rem v. 15, 3: in rem autem versum videtur, sive id ipsum, quod servus accepit, in rem domini convertit (veluti si triticum acceperit et id ipsum in familiam domini cibariorum nomine consumpserit) aut si pecuniam a creditore acceptam dominico creditori solverit ... sive cum servus domini negotii gerendi administrandive causa quid gessit (veluti si mutuatus sit pecuniam, ut frumentum compararet ad familiam alendam vel si ad vestiendam) sive peculiariter mutuatus, postea in rem domini vertit. hoc enim jure utimur, ut etiam si prius in peculium vertit pecuniam, mox in rem domini, esse de in rem verso actio possit (Ulp).

[2]) Nur dieses läßt sich aus l. 7 p. l. 10 § 2, l 5 § 3, l. 7 § 5, l. 10 § 10, l. 11 D. in rem vesso 15, 3 herleiten. Anders Windscheid, P. § 483 Note 2.

[3]) Gemäß l. 10 § 1 D. de neg. g. 3, 5: licet eventus non sit secutus. Ganz consequent ist daher die Entscheidung des Africanus in l. 17 p. D. in rem v. 15, 3: Servus in rem domini pecuniam mutuatus sine culpa eam perdidit: nihilominus posse cum domino se in rem verso agi. Ich kann hieran Nichts „Bedenkliches" finden. A. M. Dernburg, P. § 14, Note 8. Wenn Dernburg ebenda, c., meint, daß die „Bereicherung in Folge des Geschäfts des Hausuntergebenen eingetreten sein müsse, so läßt sich dies nur für die Fälle aufrechterhalten, in denen der Nutzen unmittelbar mit dem Geschäftsabschluß intendirt wird.

[4]) l. 2 § 1 D. cit. ut esse de in rem verso actio possit, l. 5 § 3, l. 6 D. h.t. 15, 3. Es tritt alsdann diese Klage lediglich an Stelle der actio de peculio.

[5]) In dieser Weise erklärt sich einfach l. 7 p. und § 1 D. h. t., ohne daß man nöthig hätte, mit Windscheid, P. § 483 Note 2: das: de in rem verso actio est zu ändern in actio cessat.

[6]) l. 10 § 6, § 7 D. h. t. 5, 3.

Analog findet die Versionsklage aus Geschäften gewaltfreier Personen statt, actio utilis de in rem verso[1]), sofern diese Geschäfte in Angelegenheiten des Versionsbeklagten geschlossen sind.[2])

§ 106. Bürgschaft.

Begriff.

Bürgschaft ist der Eintritt für eine fremde Verbindlichkeit als Nebenschuldner zur Sicherheit des Gläubigers. Insgemein[3]) verbindet man mit dem Begriff der Bürgschaft das Moment der Subsidiarität. Allein dasselbe betrifft nur den Effect, nicht aber das Wesen der Bürgschaft, da es auf der dieser beigelegten Rechtswohlthat der Vorausklage beruht und, wie die selbstschuldnerische Bürgschaft beweist, unbeschadet ihres Wesens fehlen kann. Die Bürgschaft ist eine Form der Schulderstreckung und waltet deshalb zwischen der Hauptschuld und der Verpflichtung des Bürgen zwar nicht Correalität[4]), wohl aber materielle Identität (Identität der res) ob.

Sie unterscheidet sich dadurch vom Konstitutum (constitutum debiti alieni), daß dieses, ohne mit der Hauptschuld materiell identisch zu sein, nur auf den Gegenstand der letzeren gerichtet ist, und zwischen diesen beiden nur Identität des Gegenstandes obwaltet.[5]) Noch mehr entfernt sich von der Bürgschaft der Creditauftrag (mandatum qualificatum), da es sich hier um

---

1) l. 7 § 3 C. quod c. eo 4, 26.

2) Vergl. hierüber Windscheid, P. § 483 Note 5.

3) So Preuß. Landr. § 200 I. 14. Oesterr. G. B. § 1346. Code civil art. 2011. Anders: Sächs. G. B. § 1149. Schweiz. Obl. art. 489.

4) Die Correalität erlangt nothwendig Principalität. Vergl. oben S. 87: accessorische Solidarität.

5) Diese Unterscheidung, welche auch Windscheid, P. § 476 vertritt, liegt in der Natur der Sache. Wenn Dernburg, P. § 76 Note 6 meint, „der Gegensatz sei überhaupt aus der Luft gegriffen und beruhe auf einem Scholasticismus, welcher den Römern fremd war", so zerfällt dieser Widerspruch einfach daran, daß, was Dernburg unberücksichtigt läßt, gerade die römischen Juristen diesen Gegensatz in bewußter Weise ausgebildet haben. Bei der Verpflichtung aus der fidejussio liegt Identität der res vor, wie sich zweifellos aus der gesammtzerstörlichen Wirkung der Litescontestation l. 28 C, de fidej. 8, 41, Paul. R. S. II, 17 § 16 — der Acceptilation, l. 13 § 7, l. 16 pr. § 1 D. de acc. 46, 4 — Novation, l. 60 D. de fidej. 46, 1 — Eid und Urtheil, l. 28 pr. § 1, 3, l. 42 pr. § 1, 2, 3 D. de Jurej. 12, 2, l. 1 § 3 D. quar. r. actio 44, 5, ferner aus der Erstreckung der exc. rei jud. auf den Bürgen l. 21 § 4 D. de exc. rei j. 44, 2, l. 7 § 1 D. de exc. 44, 1 ergiebt, wogegen die bezüglich der Identität der res beim constit. debiti alieni bestandene ältere Controverse im verneinenden Sinn entschieden ist in l. 18 § 3 D. de pec. const. 13, 5: Vetus dubitatio fuit, an, qui hac actione actione egit, sortis obligationem consumat? Et tutius est dicere, solutione potius ex hac actione facta liberationem contingere, non litis contestatione. Vergl. ferner Windscheid, krit. Ueberschau VI S. 228. Der Ausdruck: Schulderstreckung bezeichnet in treffender Weise das Eintreten für eine fremde Schuld mit Identität der res. Vergl. die Ausdrucksweise in l. 6 p. D. h. t. 46, 1: postea volo adjicere fidejussorem: si adjecero, fidejussor obligatur. l. 1 § 8 D. de O. et A. 44, 7: qui eadem obligatione teneantur l. 8 § 8 D. h. t. 46, 1: sed quia et in aliam potius obligationem acceptus est.

ein völlig verschiedenes Rechtsverhältniß handelt, indem durch dasselbe die Eingehung der Bürgschaft veranlaßt und zugleich die Schadloshaltung wegen derselben gesichert wird. Die gedachten drei Rechtsformen sind trotz aller äußerlichen Aehnlichkeit doch ihrem Wesen nach verschieden und deshalb auch im heutigen Recht auseinanderzuhalten.

Afterbürge ist, wer dem Gläubiger für die Bürgen bürgt (fidejusso fidejussoris, fidejussor succedaneus), Rückbürge, wer dem Bürgen für den Hauptschuldner bürgt.

Die Eingehung der Bürgschaft ist nach heutigem Recht formlos.

Voraussetzungen.

Die Bürgschaft setzt eine Hauptschuld voraus. Eine Naturalobligation genügt.[1]) Bei künftigen Verbindlichkeiten gelangt die Bürgschaft erst mit jenen zur Perfection.[2])

Bürgschaft für eine ungültige oder unwirksame Obligation ist ungültig, es wäre denn, daß der Bürge gerade mit Rücksicht auf die Ungültigkeit einer Schuld und in Kenntniß dieser Ungültigkeit seinerseits sich zu einer Verpflichtung verstanden hat, in welchem Fall er thatsächlich Alleinschuldner ist.[3])

Inhalt.

Die Bürgschaft untersteht heut dem Recht der bona fides. Der Bürge haftet für die Hauptschuld, insoweit er dieselbe übernommen hat, also möglicherweise nur für einen Theilbetrag und unter leichteren Modalitäten. Nichtig war nach röm. R. die Bürgschaft für einen Mehrbetrag oder unter härteren Modalitäten[4]) (fidejussio in duriorem causam). Dagegen haftet der Bürge von selbst für Aenderungen[5]) (z. B. in Folge Verschuldens) und Erweiterungen[6]) (z. B. in Folge Verzugs). Für besondere Nebenverpflichtungen (z. B. vertragsmäßige Zinsen, Conventionalstrafen) haftet er nicht[7]), sofern er sie nicht ausdrücklich übernommen hat.

Nach heutigem Recht ist es zulässig, die Verpflichtung des Bürgen über den Betrag der Hauptschuld auszudehnen oder auf härtere Bedingungen zu stellen. Eine diesbezügliche Vertragsbestimmung ist aber nicht mehr Bürgschaft, sondern ein Geschäft anderer Art z. B. Liberalität, Entschädigung u. dergl.

---

[1]) l. 29. l. 37. l. 47 p. l. 56 p. § 2 l. 70 § 4 D. de fidej. 46, 1. l. 6 § 2. l. 7 l. 16 § 3 D. eod.

[2]) l. 6 § 2 D. eod.

[3]) l. 25 D. h. t. 46, 1. l. 11. l. 37 eod. l. 18 D. S. C. Mac. 14, 6. l. 12 § 3 D. mand. 17, 1. Code civ. 2012. Schweizer Obl. 492.

[4]) l. 8 § 7—10. l. 16 § 1, 2, 3. l. 34. l. 70 p. § 1 D. h. t. 46, 1. Gaj. III § 126 u. ö.

[5]) l. 58 § 1 D. h. t. 46, 1. l. 49. l. 88 l. 91 § 4 D. de V. O. 45, 1.

[6]) l. 24 § 1 D. de usur. 22, 1. l. 54 p. D. loc. 19, 2.

[7]) l. 10 C. h. t. 8, 41. l. 8 C. quod cum eo 4, 26.

Rechte des Bürgen.

Dem Bürgen stehen regelmäßig die Einreden des Hauptschuldners zu, jedoch in der Regel nur die exceptiones rei cohaerentes[1]), nicht aber die persönlichen Einreden, wie z. B. die Einrede der Competenz pactum de non petendo in personam[2]), gewisse Einreden nur unter Voraussetzung eines dem Bürgen zustehenden Rückgriffs gegen den Hautschuldner, z. B. exceptio S. C. Macedoniani, pactum de non petendo in rem.[3])

Eine dem Bürgen einmal erworbene Einrede verbleibt ihm, auch wenn dieselbe in der Person des Hauptschuldners hinterher behoben wird, z. B. die Einrede aus einem pactum de non petendo, wenn der Schuldner nachher ein contrarium pactum eingeht.[4])

Unrichtig ist die Lehre, daß der Bürge, der keinen Regreß hat, z. B. weil er animo donandi intercedirte, sich der Einrede des Hauptschuldners nicht bedienen dürfe. Durch den Zweck der Bürgschaft sind dagegen Einreden ausgeschlossen, die gerade mit einer Insolvenz des Schuldners zusammenhängen, z. B. die Einrede aus einem Zwangsvergleich, sofern nicht der klagende Gläubiger selber zugestimmt hat, ferner die Berufung auf cessio bonorum.[5]) Die von dem Schuldner erlangte in integrum restitutio kommt dem Bürgen zu Gute, sofern nur nicht die Bürgschaft gerade deshalb übernommen ist, um den Gläubiger gegen die Folgen der Restitution aus dem betreffenden Restitutionsgrunde, z. B. minor aetas, sicherzustellen.[6])

Außerdem stehen dem Bürgen folgende specielle Rechtsmittel zu: 1. das beneficium excussionis sive ordinis, Rechtswohlthat der Vorausklage, kraft deren er den Gläubiger zunächst an den Hauptschuldner verweisen kann, vorausgesetzt, daß dieser nicht abwesend, oder doch binnen einer richterlich zu bestimmenden Frist gestellt wird, oder daß nicht die Beitreibung vom Schuldner schwieriger ist, z. B. weil sich derselbe im Concurs befindet, als die Beitreibung vom Bürgen.[7])

Die Rechtswohlthat fällt weg durch Verzicht, oder wenn der Bürge die Bürgschaft arglistig abgeläugnet hat, wenn der Gläubiger kein Klagerecht hat, oder mehr hat, wie z. B. bei bloßer Naturalverpflichtung des Schuldners und in Folge der Klagenverjährung, oder bei notorischer Insolvenz, bezw. Concurs des Schuldners. Versagt ist die Rechtswohlthat bei der Bürgschafts-

---

[1]) l. 7 § 1 D. de exc. 44, 1.

[2]) l. 22 D. de pact. 2, 14. l. 24 p. l. 41 p. D. de re jud. 42, 1.

[3]) l. 9 § 3 D. S. C. Mac. 14, 6. l. 32 D. de pact. 2, 14.

[4]) l. 62 D. de pact 2, 14. Ueber die scheinbar widersprechende l. 27 § 2 D. eod. Vangerow, § 578. Anm. 2 d).

[5]) l. 58 § 1 D. mand. 17. 1. § 4 J. de replic. 4, 14.

[6]) l. 3 § 4 D. de min. 4, 4. Paul. R. S. I, 9 § 6. l. 13 p. D. cit. 4, 4. l. 95 § 3 D. de sol. 46, 3. Vangerow, P. § 183 A. 1.

[7]) Dies beruht auf einer wohlbegründeten Praxis, vergl. Seufferts, Arch. VII. 314. Contra ebenda X 48. XII 158.

verpflichtung aus einem Zwangsvergleich.[1]) Dem Bürgen steht ferner zu: 2. Das beneficium divisionis, Rechtswohlthat der Theilung, durch welche er den Gläubiger, Solvenz und Anwesenheit der gültigerweise verpflichteten[2]) Mitbürgen vorausgesetzt, zur Theilung seines Anspruchs unter die Mitbürgen anhalten kann, ohne Rücksicht darauf, ob deren Verpflichtung gleichzeitig mit der seinigen erfolgte oder nicht.

Die Rechtswohlthat geht verloren durch Verzicht oder arglistige Ableugnung der Bürgschaft.

Sie findet überhaupt nicht statt bei Bürgen des Vormundes und bei Handelsgeschäften, wenn die Schuld aus einem Handelsgeschäft auf Seiten des Hauptschuldners hervorgeht oder wenn die Bürgschaft selbst ein Handelsgeschäft ist.[3])

Auch Vorausklagung der anderen Bürgen kann der Mitbürge verlangen, wenn er dem Gläubiger für die seinerseitige Erlegung der betreffenden Antheile Sicherheit stellt.[4]) 3. Mittelst des sog. beneficium cedendarum actionum kann die Bürgschaft vom Gläubiger Abtretung der Ansprüche gegen den Hauptschuldner bezw. gegen die Mitbürgen[5]) erwirken.

Regreßrecht.

Ob und inwieweit der Bürge einen Regreß gegen den Hauptschuldner hat, hängt von den zwischen ihnen obwaltenden besonderen Verhältnissen ab. Abgesehen von dem Fall, wo die Bürgschaft in eigenem Interesse des Bürgen (fidejussio in rem suam) oder donandi animo in Folge Auftrags geschah, wird der Gesichtspunkt der Geschäftsführung Platz greifen, und der Bürge mittelst der actio neg. gest. contraria sich schadlos halten können.[6])

Unter Umständen kann der Bürge auf Befreiung klagen, z. B. wenn bereits seine Verurtheilung ergangen ist oder der Hauptschuldner die Tilgung der Schuld ungebührlich verzögert oder in Vermögensverfall geräth.[7])

Mitbürgen, welche mehr als ihren Theil bezahlt haben, steht nicht ohne Weiteres der Rückgriff gegen die anderen Bürgen zu, sondern können nur vom Gläubiger Klageabtretung verlangen.

---

[1]) K. O. § 179.

[2]) Windscheid, P. § 479, will auch trotz Ungültigkeit der Mitbürgschaft die Rechtswohlthat gewähren, wenn der Bürge mit gutem Grunde annahm, daß er nur zum Theil haften werde. Dies würde allerdings der Billigkeit entsprechen. Allein es steht entgegen, daß der Bürge kein jus quaesitum gerade auf die von ihm — wenn auch in gutem Glauben — vorausgesetzte Zahl von Mitbürgen hat. Eben deshalb kann er auch keinen Einwand daraus herleiten, daß der Gläubiger die Mitbürgen aus der Verbindlichkeit entlassen hat, wie aus der so vielfach mißverstandenen l. 15 D de sol. 46, 1 deutlich hervorgeht.

[3]) Art. 281 D. H. G. B.

[4]) 10 p. D. de fidej. 46, 1.

[5]) Bezüglich der Mitbürgen wird das benefic. geläugnet von Savigny, Obl. I. S. 273 fgd. Mit Recht dagegen Girtanner, S. 538 Anm. 9.

[6]) Ein besonderer Fall ist es, wenn in der Absicht, dem Bürgen zu schenken, ein Anderer statt seiner Zahlung geleistet oder der Gläubiger die Schuld erlassen hat. Der Bürge behält hier die actio mandati contr. l. 10 § 13. l. 11, 12 p. § 2 D. mand. 17, 1.

[7]) l. 38 § 1. l. 45 § 2, § 5 D. mand. 17, 1. l. 10 C. eod. 4, 35.

Aufhebung.

Die Bürgschaftsschuld erlischt 1. durch Confusion, wenn der Bürge Erbe des Hauptschuldners wird oder umgekehrt, sofern nicht die Bürgschaftsobligation einen volleren Inhalt hat, als die Prinzipalobligation[1]), 2. durch Wegfall der Hauptschuld aus einem Grunde, durch welchen dem Gläubiger Befriedigung gewährt oder sein Forderungsrecht realisirt wird, also nicht in Folge von capitis deminutio magna oder im Fall erbloser Verlassenschaft.[2])

Culpa des Bürgen perpetuirt seine Obligation, nicht aber die Principalobligation, so daß der Hauptschuldner frei wird.[3])

Culpa des Gläubigers, durch welche das benefic. excussionis oder cedendarum actionum vereitelt wird, z. B. schuldhafte Zögerung des Gläubigers in der Verfolgung des Forderungsrechtes, so daß inzwischen der Schuldner insolvent geworden oder Präclusion oder Verjährung eingetreten ist, begründet für die Bürgen eine peremptorische Einrede gegen die Klage des Gläubigers.[4])

Beschränkungen.

Bürgschaften sind untersagt den Soldaten für Pachtungen[5]), den Geistlichen[6]) für öffentliche Leistungen, weltliche Pachtungen, Vormundschaften und fremde Proceßführung. Ob dies noch practisches Recht, ist zweifelhaft. Beschränkt sind ferner die Intercessionen der Frauenspersonen durch die Vorschriften des S. C. Vellejanum und abändernder späterer Gesetze[7]), sowie die Intercessionen der Ehefrauen insonderheit durch Nov. 134 c. 8.[8]).

Diese Beschränkungen sind heutzutage particularrechtlich fast allgemein beseitigt.[9])

---

[1]) l. 95 § 3 D. de sol. 46, 3.

[2]) l. 5 p. D. qui satisd. 2, 8. l. 1 C. h. t. 8, 41. l. 1 § 14 i. f. D. dep. 16, 3. l. 95 § 1 f. D. sol. 46, 3.

[3]) l. 19 D. de solv. 4, 3. l. 38 § 4 D. de sol. 46, 3. l. 95 § 1 D. eod. l. 88 D. de V. O. 41, 1.

[4]) S. über diese Frage Vangerow, P § 578 Anm. 4. Arndts, P. § 357.

[5]) l. 31 C. de loc. 4, 65.

[6]) Nov. 123 c. 6 can. 29 C. XI qu. 1 cap. 1 X de fidej. 3, 22.

[7]) l. 23 § 2 C. ad S. C. Vellej. 4, 29: sancimus non aliter eas in tali contractu posse pro aliis se obligare, nisi instrumento publice confecto et a tribus testibus subsignato.

[8]) jubemus nullatenus hujusmodi crediti instrumentum valere aut tenere ... sed ita esse, ac si neque scriptum esset, nisi manifeste probetur, quia pecuniae in propriam ipsius mulieris utilitatem expensae sunt.

[9]) S. die Nachweise in den Motiven des b. G. B. zu §§ 668, 669. S. 657. Auch das österr. G. B. (§ 1349) kennt Beschränkungen der Intercession der Frauen ebensowenig, als das franz. R. (Zachariä, II § 424 A. 2, Frey, franz. Civilr. III § 641 Anm. 2 u. die daselbst Citirten.)

Druck von H. S. Hermann in Berlin.

Ryck, Richard

Die Lehre von den Schuldverhältnissen nach gemeinem Deutschen Recht mit Rücksicht auf particulare und fremdländische Gesetzgebung

Bd.: 3

Berlin 1889